

UNA MIRADA A LAS REGIONES DESDE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
José Antonio Cepeda Amarís
Liliana Estupiñán Achury
-Editores académicos-

-Autores-

María Victoria Calle Correa
Mauricio González Cuervo
Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
Jorge Iván Palacio Palacio
Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
Nilson Pinilla Pinilla
Luis Ernesto Vargas Silva

Luis Evelis Andrade Casama
Víctor Bazán
Liliana Estupiñán Achury
Álvaro Lastra Jiménez
Juan de Dios Mosquera Mosquera
Ascensión Elvira Perales
Antonio-Carlos Pereira Menaut
Sabrina Ragone
Ángel Tuirán Sarmiento
Eduardo Verano de la Rosa
F. Michael Willis



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO





Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional

Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional

Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

José Antonio Cepeda Amarís

Liliana Estupiñán Achury

—Editores académicos—

—Autores—

María Victoria Calle Correa

Mauricio González Cuervo

Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Jorge Iván Palacio Palacio

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Nilson Pinilla Pinilla

Luis Ernesto Vargas Silva

Luis Evelis Andrade Casama

Víctor Bazán

Liliana Estupiñán Achury

Álvaro Lastra Jiménez

Juan de Dios Mosquera Mosquera

Ascensión Elvira Perales

Antonio-Carlos Pereira Menaut

Sabrina Ragone

Ángel Tuirán Sarmiento

Eduardo Verano de la Rosa

F. Michael Willis



Colección Textos de Jurisprudencia

© 2013 Editorial Universidad del Rosario

© 2013 Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia

© 2013 Corte Constitucional, República de Colombia

© 2013 Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, José Antonio Cepeda Amarís, Liliana Estupiñán Achury, Luis Evelis Andrade Casama, Víctor Bazán, María Victoria Calle Correa, Ascensión Elvira Perales, Liliana Estupiñán Achury, Mauricio González Cuervo, Álvaro Lastra Jiménez, Juan de Dios Mosquera Mosquera, Jorge Iván Palacio Palacio, Antonio-Carlos Pereira Menaut, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Nilson Pinilla Pinilla, Luis Ernesto Vargas Silva, Sabrina Ragone, Ángel Tuirán Sarmiento, Eduardo Verano de la Rosa, F. Michael Willis

© 2013 Alejandro Venegas Franco, por la presentación

© 2013 Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, por el prólogo

ISBN: 978-958-738-305-8 (rústica)

ISBN: 978-958-738-313-3 (digital)

Primera edición: Bogotá D.C., enero de 2013

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo: Claudia Ríos

Diseño de cubierta: Lucelly Anacondas

Diagramación: Margoth C. de Oliveros

Impresión: Estrategikmente Ltda.

Editorial Universidad del Rosario

Carrera 7 No. 12B-41, of. 501 • Tel: 297 02 00

<http://editorial/urosario.edu.co>

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito de la Editorial Universidad del Rosario

Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional / Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, José Antonio Cepeda Amarís, Liliana Estupiñán Achury, editores académicos. —Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011. 494 p. (Colección Textos de Jurisprudencia)

ISBN: 978-958-738-305-8 (rústica)

ISBN: 978-958-738-313-3 (digital)

Estado social de derecho / Control de constitucionalidad / Derecho constitucional / I. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia / II. Corte Constitucional / III. Mendoza Martelo, Gabriel Eduardo / IV. Cepeda Amarís, José Antonio / V. Estupiñán Achury, Liliana / VI. Título. / VII. Serie.

342.023 SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

dcl

Enero 29 de 2013

Hecho el depósito legal que marca el decreto 460 de 1995

Impreso y hecho en Colombia

Printed and made in Colombia

Contenido

Presentación.....	xvii
<i>Alejandro Venegas Franco</i>	

Prólogo

La autonomía regional en el Estado Social.....	xxi
<i>Gabriel Eduardo Mendoza Martelo</i>	

PRIMERA PARTE

Una mirada a la organización del territorio y de las regiones desde la perspectiva comparada

Conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades	
Autónomas a partir de la jurisprudencia constitucional española	3
<i>Ascensión Elvira Perales</i>	
1. Introducción.....	3
2. La resolución de conflictos competenciales por el Tribunal Constitucional.....	5
3. El Tribunal Constitucional y la configuración de las Autonomías	10
4. El Tribunal Constitucional y el reparto competencial	14
4.1. Vías de atribución o delimitación de competencias	15
4.1.1. Las leyes orgánicas de transferencia o delegación.....	17
4.1.2. Las leyes de armonización	19
4.1.3. Bases o legislación básica estatal	20
4.1.4. Materias no atribuidas expresamente al Estado	24
4.1.5. Materias horizontales y competencias en concurrencia.	24
4.2. Criterios de delimitación de las materias en supuestos de yuxtaposición de competencias	25

4.3. España y la Unión Europea	27
5. El principio de supletoriedad del Derecho estatal	28
6. La reforma de los Estatutos de Autonomía y problemas suscitados .	31
7. Conclusión	35
Bibliografía	35
Acerca del fracaso del modelo territorial español	37
<i>Antonio-Carlos Pereira Menaut, Fernando Martínez Arribas</i>	
1. Introducción	38
2. Es discutible que se pueda hablar de fracaso	38
3. Percepción del fracaso de las comunidades autónomas	42
3.1. Los ‘demonios familiares’ anti-liberales españoles	46
3.2. La nueva centralización silenciosa	47
4. Los diferentes modelos territoriales y los caracteres básicos del modelo español	48
4.1. Los principales modelos territoriales	49
4.1.1. El Estado unitario	49
4.1.2. El Estado federal	50
4.1.3. El Estado de las autonomías español	50
4.2. El Título VIII de la Constitución Española y el Estado de las Autonomías	52
4.3. Rasgos del modelo territorial español	55
4.3.1. Rasgos historicistas	55
4.3.2. Rasgos federalizantes	57
4.3.3. Rasgos de un Estado unitario con autonomía política ..	59
4.3.4. Rasgos de un Estado unitario con descentralización administrativa	60
5. Los fallos del sistema	62
5.1. Los (poco eficientes) guardianes del modelo territorial español: el Senado y el Tribunal Constitucional	66
5.2. La dinámica política y, en particular, la partitocracia	69
5.3. La insuficiente participación de las regiones en el gobierno y legislación centrales	72
5.4. El nuevo tablero de juego supranacional no fue tenido en cuenta	75
5.5. Valoración general del modelo territorial del Título VIII	76
6. ¿Cuál es el mejor modelo territorial?	81
6.1. ¿Federalismo, centralismo o autonomía regional?	83

6.2. Superioridad, en principio, de los modelos claros	86
6.3. ¿Simetría o asimetría?	88
7. A modo de conclusión.....	90
Bibliografía.....	92
 El regionalismo italiano en tres etapas	95
<i>Sabrina Ragone</i>	
1. Introducción: Las tres etapas del regionalismo italiano	95
2. Fase uno: La creación de las Regiones en la labor constituyente y (el retraso en) su implantación.....	99
3. Fase dos: La estabilización del sistema regional	103
4. Fase tres: El desafío de la diferenciación.....	109
5. Reflexiones críticas sobre la utilidad del ejemplo italiano en perspectiva comparada.....	116
Bibliografía.....	118
 Federalismo y autonomía territorial y política en Argentina	121
<i>Víctor Bazán</i>	
1. El recorrido propuesto	122
2. Sucintas anotaciones generales	123
3. Aclaración histórico-constitucional previa	125
4. El sistema federal en la Argentina.....	126
4.1. Dos fuerzas en interacción.....	126
4.2. Otras características que exhibe la estructura estatal argentina	127
4.3. Somera presentación del principio de “lealtad federal”	132
5. Federalismo y reforma constitucional de 1994	134
5.1. El proclamado “fortalecimiento del federalismo”	134
5.2. El discurso y la realidad	143
5.3. Lo deseable en materia de coparticipación federal.....	144
6. De ciertas cuestiones de interés (en ocasiones, conflictivas) en el ámbito de la estructura federal	145
6.1. Introito	145
6.2. Reforma constitucional y autonomía municipal	145
6.3. La regionalización	150
6.4. La actividad internacional de las provincias	152
6.5. ¿Son incompatibles los procesos de integración regional con el federalismo u otra forma de estructura estadual compleja?...	156

7. Sumarias aportaciones complementarias	158
7.1. El derecho público provincial y sus reflejos anticipatorios <i>vis-à-vis</i> la Constitución nacional	158
7.2. En materia de derechos humanos, la Constitución nacional ¿es un piso o un tope para las constituciones provinciales?	159
7.3. Sobre la denominada “cláusula federal”	160
7.4. El control de convencionalidad	166
8. Epílogo.....	168
Bibliografía.....	172

SEGUNDA PARTE

Justicia constitucional y organización del territorio colombiano

Autonomía Territorial	179
<i>Jorge Ignacio Pretelt Chaljub</i>	
1. Introducción	180
2. Algunos temas que evidencian la tensión entre los principios constitucionales de autonomía territorial y de Estado unitario	182
3. La adopción del modelo de Estado unitario, descentralizado y con autonomía de los entes territoriales	183
3.1. Asamblea Nacional Constituyente: hacia un modelo unitario, descentralizado y con autonomía de sus entes territoriales	184
¿En qué consiste la autonomía territorial?.....	186
3.2. El alcance que la Corte ha dado a los principios del ordenamiento territorial	187
3.2.1. ¿Cuáles son los entes territoriales?	188
3.2.2. ¿Qué tipo de autonomía?	188
3.3. Articulación entre los principios de Estado unitario y autonomía territorial.....	192
4. La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT), Ley 1454 de 2011: un proceso en construcción	194
4.1. Las materias que el Constituyente encomendó al legislador estatutario	194
4.2. Algunas opiniones sobre la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial	197
4.3. Contenido principalista de la nueva Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial	198
4.4. Innovaciones de la nueva Ley Orgánica	200

4.5. La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial privilegia las competencias nacionales	204
5. Cambios del sistema de reparto de regalías	205
5.1. Contenido del acto legislativo.....	205
5.2. Principales cambios del Acto Legislativo 05 de 2011 y de la Ley 1530 de 2012	205
5.3. Reducción de la participación de las entidades territoriales en la toma de decisiones.....	212
5.4. Cambio en los criterios de distribución de los recursos de las regalías que impacta a las entidades territoriales más pobres	214
6. Competencia preferente y casi exclusiva de la Nación en la aprobación de los proyectos de mayor impacto ambiental dentro de las regiones.....	217
¿Y qué dice la jurisprudencia constitucional?.....	224
7. Las tensiones entre la centralización y la descentralización del uso del suelo en Colombia	228
7.1. La regulación del uso del suelo por el Gobierno Nacional	229
7.2. La descentralización del uso del suelo.....	231
7.3. El resurgimiento de la centralización del uso del suelo	235
7.4. El impacto de los macroproyectos a nivel nacional	239
8. Los retos de las entidades territoriales indígenas	240
8.1. Las entidades territoriales indígenas en la Constitución de 1991	240
8.2. Las dificultades de la conformación de las entidades territoriales indígenas	243
Panorama actual: desarrollo legal incipiente	243
8.3. Dificultades que enfrenta la creación de entidades territoriales indígenas	245
¿Es necesaria una ley orgánica que establezca los requisitos para su conformación?	245
Bibliografía.....	248

La articulación entre las competencias nacionales y territoriales.

El caso de los macroproyectos de interés social nacional..... 253

Luis Ernesto Vargas Silva

1. Introducción. Las tensiones constitucionales entre las competencias nacionales y territoriales	254
---	-----

2.	Las fórmulas constitucionales de articulación y preservación del grado de autonomía de las entidades territoriales	256
2.1.	El principio de Estado unitario	257
2.2.	El grado de autonomía de las entidades territoriales.....	259
2.3.	Los derechos de las entidades territoriales.....	260
2.4.	Los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad	261
3.	Los problemas “genéricos” derivados de las reglas jurídicas que articulan los ámbitos nacional y local	263
3.1.	El “poder histórico” del centralismo administrativo	263
3.2.	El carácter mixto y traslapado del sistema de distribución de competencias	264
3.3.	El desbalance en las finanzas públicas entre las entidades territoriales	266
3.4.	La centralización de la planeación administrativa.....	267
4.	Los macroproyectos de interés social nacional como escenario de demostración de la tensión entre lo territorial y lo nacional.....	268
5.	Análisis de las reglas jurisprudenciales que resuelven el debate sobre la afectación de la autonomía territorial por los macroproyectos de interés social nacional	273
6.	Conclusión	275
	Bibliografía	276

Cuando limitar la autonomía territorial es maximizarla: Derecho al medio ambiente sano como aporte a la optimización de la autonomía territorial..... 279

María Victoria Calle Correa

1.	Introducción.....	280
2.	La autonomía territorial y los “derechos” de las entidades territoriales	282
2.1.	El derecho a gobernarse por autoridades propias, elegidas y constituidas democráticamente.....	282
2.2.	El derecho de cada entidad territorial a ejercer libremente las competencias constitucionales y legales que le correspondan...	283
3.	Los límites a la autonomía territorial, derivados del derecho a gozar de un ambiente sano.....	285
4.	Ambiente y perfeccionamiento de la democracia	289
5.	Conclusiones	293
	Bibliografía.....	295

Autonomía territorial y ambiente. Naturaleza jurídica de las Corporaciones Autónomas Regionales.....	297
<i>Nilson Pinilla Pinilla</i>	
1. Introducción y estructura.....	297
2. ¿Son las Corporaciones Autónomas Regionales entes autónomos constitucionales o descentralizados por servicios?	298
2.1. Antecedentes históricos.....	298
2.2. Constitución de 1991 y Ley 99 de 1993	299
2.3. Jurisprudencia constitucional, en control abstracto	303
2.4. Conflictos de competencia.....	308
3. Corporaciones autónomas regionales y entes territoriales	312
Bibliografía.....	318
 El orden jurídico internacional frente al Estado y las regiones	 321
<i>Mauricio González Cuervo</i>	
1. Introducción.....	321
2. La internalización del orden jurídico internacional	322
3. La internacionalización del orden interno	327
4. La integración latinoamericana y las regiones	330
5. Conclusión	333
 Los desafíos para Colombia. Propuestas y homenaje a la ciudad sede del encuentro	 335
<i>Jorge Iván Palacio Palacio</i>	
1. Homenaje a Barranquilla	335
2. A manera de conclusión	337
3. Los desafíos	340
Bibliografía.....	342

TERCERA PARTE Desde las regiones

La Constitución del 91: Una tarea inconclusa	347
<i>Eduardo Verano de la Rosa</i>	
1. De la Colombia pre-hispánica a la Constitución de 1886 o cómo secuestraron nuestras autonomías	348
2. Una historia interminable	352
3. El Voto Caribe: “Voz que clama en el desierto”	354

4. El camino de la autonomía regional: ¿camino a una utopía o la utopía de un camino?	355
4.1. Por qué y para qué de las autonomías	355
4.2. ¿De qué autonomía estamos hablando?	357
5. Colombia, un Estado de regiones autonómicas	358
6. Una tarea pendiente	359
7. A modo de conclusión: ¿Qué hacer?	361

La difícil configuración de la región como nivel intermedio de gobierno en Estados que tradicionalmente han reiterado constitucionalmente el modelo territorial unitario..... 363

Liliana Estupiñán Achury

1. Presentación	363
2. Oscilaciones territoriales y transformaciones del viejo Estado unitario.....	365
3. Estados unitarios y procesos de regionalización	369
4. Colombia, regionalización y región como entidad territorial	377
4.1. Una ley orgánica fraccionada	381
4.2. ¿Y la región como nivel intermedio de gobierno?	385
5. A manera de conclusión	392
Bibliografía.....	393

Territorio y ordenamiento territorial. Posibilidades para la construcción de la región como nivel intermedio de gobierno 397

Ángel Tuirán Sarmiento

1. Introducción.....	397
2. El concepto de territorio y su organización en Colombia.....	398
3. La región en términos de gobierno, importancia del marco normativo.....	403
4. Conclusiones.....	407
Bibliografía.....	409

Balance del desarrollo territorial en Colombia: éxitos y frustraciones. La experiencia de la Región Caribe..... 411

Álvaro Lastra Jiménez

1. Introducción.....	411
2. La cuestión del modelo territorial	414

3. La obligada reformulación de la estructura territorial del Estado.....	415
4. Los vientos del exterior	416
5. El centralismo hace agua	417
6. Conclusión	418
Bibliografía.....	419

CUARTA PARTE

Pluralismo y territorio

El reto colectivo de la sobrevivencia indígena: Interpretación jurídica e historia comparativa entre los EE.UU. y Colombia en materia de protección de los derechos indígenas.....	423
<i>F. Michael Willis</i>	
1. Introducción.....	423
2. Pueblos indígenas y derecho constitucional: La importancia de la historia y el contexto	424
El marco constitucional de los EE.UU.....	424
3. La Constitución Política de la República de Colombia de 1991	426
Jurisprudencia fundamental de la Corte Constitucional sobre los derechos indígenas	427
4. Una mirada amplia del marco legal EE.UU.....	430
4.1. La responsabilidad federal de fideicomiso	433
4.2. La era de la autodeterminación indígena	436
5. Perspectivas comparativas.....	439
5.1. El control de los indígenas sobre los recursos presupuestarios .	439
5.2. El control tribal sobre los recursos naturales	440
5.3. Disposiciones de aplicación y garantías de los derechos.....	441
5.4. Asimilación vs. multiculturalismo, diversidad y transmisión de la cultura	443
5.5. La resolución de casos basados en el test de proporcionalidad .	444
5.6. A pesar del marco constitucional, la pobreza predomina en las comunidades indígenas... ..	445
5.7. La tierra sigue siendo el tema central.....	445
6. Conclusión.....	446
Bibliografía.....	447

Identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y sus procesos organizativos de carácter regional.....	449
--	------------

Luis Evelis Andrade Casama

La población colombiana afrodescendiente dentro del modelo de Estado de derecho establecido por la Constitución de 1991	457
--	------------

Juan de Dios Mosquera Mosquera

Presentación

Alejandro Venegas Franco*

La constitución territorial del Estado colombiano, la regionalización, la descentralización y la autonomía territorial fueron objeto de estudio y de reflexión académica y jurídica por parte de los Magistrados de la Corte Constitucional y de sus invitados nacionales e internacionales en el marco del VIII Conversatorio de la Jurisdicción Constitucional *Una mirada a las regiones*, que se llevó a cabo en la ciudad de Barranquilla entre el 29 y el 31 de agosto de 2012.

Los conversatorios impulsados por la Corte Constitucional han sido fundamentales para acercar la justicia constitucional con la sociedad colombiana. Estos ejercicios académicos se han desarrollado en diversas regiones del país y constituyen el escenario de debate de importantes temas jurídicos, imprescindibles para la consolidación del Estado nacional colombiano. En dichos conversatorios se suele hacer un balance y una síntesis sobre los pronunciamientos y las líneas jurisprudenciales que ha creado la Corte Constitucional en torno a diversos temas. De manera especial, en el VIII Conversatorio se realizó una reflexión sistemática sobre la constitución territorial colombiana y el alcance de los principios de autonomía, descentralización, democracia y participación en el territorio.

El evento evidenció los significativos aportes que ha realizado la Corte Constitucional en materia de constitución territorial en los últimos veintidós años. Fue la oportunidad para escuchar las ponencias de los Magistrados, las cuales, además de hacer gala de un debate teórico y jurídico de altísimo nivel, dieron cuenta de la variada e importante producción jurisprudencial y del trabajo que ha realizado este alto tribunal para permitir el alcance y el desarrollo de los principios constitucionales territoriales que irradian a la Carta Política de 1991.

* Vicerrector de la Universidad del Rosario.

En esta oportunidad el encuentro fue liderado y organizado por el entonces Presidente de la Corte Constitucional, Doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, quien, además de vincular a todos los Magistrados del alto tribunal, reunió a académicos internacionales dedicados al estudio de los modelos territoriales desde una perspectiva comparada y a actores territoriales colombianos, lo cual permitió una lectura social, diversa y pluralista del territorio. Igualmente, invitó a la Línea de Investigación en Territorio, Descentralización y Democracia —adscrita el grupo de Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario— a organizar una mesa de trabajo cuyo objeto de reflexión fue la figura regional y su configuración como nivel intermedio de gobierno en el contexto del Estado unitario o, incluso, en otras formas de Estado más descentralizadas.

Esta oportunidad significó un honor y un reconocimiento para la Universidad del Rosario y le permitió ampliar su grado de compromiso inicial a través de la coordinación y edición de la presente publicación, en conjunto con el Doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y el Doctor José Antonio Cepeda Amarís. Como resultado de este esfuerzo surge una obra de vital importancia para los diferentes Estados, pues, como bien señala el honorable Magistrado de la Corte, Doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, los temas relacionados con el territorio y su organización están directamente ligados a los derechos fundamentales de quienes lo habitan. De hecho, el territorio también es configurado por sus habitantes, es en este espacio en donde se desarrollan sus proyectos de vida y se logran los cometidos estatales.

Con esta obra los compiladores y editores presentan a la comunidad jurídica y académica las contribuciones tanto de los Magistrados del alto tribunal como de los invitados nacionales e internacionales que integraron la nómina del evento. Sin duda, un texto colectivo fundamental para el Derecho Público en Colombia que integra en un mismo documento, bajo el título *Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional*, los escritos realizados por los honorables Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Jorge Iván Palacio Palacio, Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Nilson Pinilla Pinilla, y de los académicos nacionales e internacionales Antonio-Carlos Pereira Menaut, Ascensión Elvira Perales, Sabrina Ragone, Víctor Bazán, F. Michael Willis, Liliana Estupiñán Achury, Álvaro Lastra y Ángel Tuirán Sarmiento. De igual manera, recoge los aportes realizados por importantes actores territoriales

como Eduardo Verano de la Rosa, Juan de Dios Mosquera Mosquera y Luis Evelis Andrade Casama.

La estructura del libro se divide en cuatro partes. La primera, dedicada a la mirada comparada de la organización territorial, presenta la descripción, explicación y lectura crítica de dos modelos federales y de dos modelos regionales o autonómicos. Aunque el nombre del modelo territorial utilizado por los Estados de México, Argentina, Italia y España invoca la máxima descentralización y autonomía, son evidentes las dificultades que han tenido dichos Estados para la concreción de estos principios constitucionales. Así mismo, las fehacientes diferencias que existen entre los dos Estados federales estudiados, e incluso, entre los dos que se ubican bajo la definición de Estados regionales, permitieron pensar que también existen diferencias entre los Estados que se tildan de unitarios.

En la segunda parte se reagrupan en su totalidad los aportes realizados por los Magistrados de la Corte Constitucional. Por ello, las palabras clave para identificar esta sección están relacionadas con los términos de territorio y de justicia constitucional. Así, los diversos escritos ilustran sobre el alcance del Estado unitario prescrito por la Constitución Política de 1991, el desarrollo de los principios de descentralización y de autonomía territorial, la relación del Estado centro y la periferia y los criterios de distribución de competencias, el territorio, la autonomía y el medio ambiente, y los nuevos retos que tiene la organización del territorio en materia de integración y de fronteras a partir de la influencia de la globalización y de la transformación que actualmente tienen los Estados en el mundo. Los escritos comentan y relacionan los diversos pronunciamientos que ha realizado la Corte Constitucional en los últimos veintidós años así como los desafíos que enfrenta el Estado colombiano en materia de organización territorial.

En la tercera parte, se analiza la organización territorial del Estado colombiano mediante un recorrido de sus antecedentes históricos y su configuración constitucional y normativa. En este apartado tiene un lugar significativo el tema de la región como nivel intermedio de gobierno. Su desarrollo se basa en una mirada comparada de la figura regional en diversas formas de Estado, la cual permitió identificar las dificultades y los retos que tiene la concreción de dicha institución en el contexto de los actuales Estados unitarios. Por último, en esta sección se tratan las frustraciones derivadas de la Ley 1454 de 2011

que llevó a la Corte Constitucional a señalar una omisión legislativa absoluta en materia de región como entidad territorial.

Finalmente, y como parte del reconocimiento del pluralismo y la diversidad declarados en la Constitución, la cuarta parte del libro recoge los aportes de algunos de los líderes indígenas y afrocolombianos más representativos del país. Así mismo, desde una perspectiva comparada se estudia el desarrollo que le ha otorgado Estados Unidos a los conceptos de diversidad, derechos, territorio y jurisdicción indígena.

Se espera que la presente publicación contribuya de forma significativa a la resolución de diversas problemáticas que se suscitan en los territorios y a desarrollar unas mejores relaciones entre el Estado centro y aquellos.

No es posible culminar esta presentación sin el merecido reconocimiento a las personas que con gran esfuerzo hicieron posible que la presente obra llegase a buen término: al Doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Magistrado de la Corte Constitucional, coordinador del VIII Conversatorio, así como compilador y editor, al Magistrado Auxiliar José Antonio Cepeda Amarís, quien también estuvo al tanto de la coordinación académica del evento y de la presente publicación; en calidad de compiladora, editora y autora, a la Doctora Liliana Estupiñán Achury, profesora de carrera y directora de la Línea de Investigación en Territorio, Descentralización y Democracia, adscrita al Grupo de Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; a Mariana García Morales, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y miembro de la mencionada línea, y a Ana María Verano Puche, abogada sustanciadora de la Presidencia de la Corte Constitucional.

Prólogo

La autonomía regional en el Estado Social

Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*

La importancia de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional ha despertado un creciente interés que, durante las últimas décadas, ha concentrado la mayor parte de las reflexiones filosóficas o jurídicas alrededor de la persona, en cuanto titular de derechos, tendencia que se ha

* Presidente de la Corte Constitucional, Abogado de la Universidad del Atlántico con especializaciones en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia y Administración Pública de la Escuela Superior de Administración Pública en convenio con la Universidad del Atlántico. En su experiencia laboral en la Rama Jurisdiccional se desempeñó como Juez Octavo Penal Municipal de Barranquilla, Juez Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, Magistrado del Tribunal Administrativo del Atlántico, Magistrado de la Sección Primera del Consejo de Estado, Vicepresidente del Consejo de Estado y actualmente Magistrado de la Corte Constitucional y en el Ministerio Público ocupó los cargos de Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado y Viceprocurador General de la Nación (E). Ha sido profesor de postgrado y pregrado en Derecho Procesal Administrativo en la Universidad del Norte (Barranquilla), Universidad Javeriana, Universidad del Sinú, Universidad Sergio Arboleda, Universidad Libre (Barranquilla), Universidad Santo Tomás (Tunja y Armenia). Capacitador en distintos seminarios realizados por el Instituto de Estudios del Ministerio Público y conferencista invitado a diferentes actos organizados a nivel nacional.

En la Inauguración del VIII Conversatorio de la Jurisdicción Constitucional, el Honorable Magistrado da un saludo de agradecimiento por la presencia de los asistentes: Señor Presidente de la República, Doctor Juan Manuel Santos Calderón, Señora Ministra de Justicia y del Derecho, Doctora Ruth Stella Correa Palacio, Presidente del Consejo de Estado, Doctor Gustavo Gómez Aranguren, Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Doctor Javier Zapata Ortiz, Señor Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, Doctor Ricardo Hernando Monroy Church, Señor Presidente de la Sala Administrativa, Doctor Néstor Raúl Correa Henao, Señor Presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Doctor Angelino Lizcano Rivera, señor Procurador General de la Nación, Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, señora Contralora General de la República, Doctora Sandra Morelli Rico, señor Fiscal General de la Nación, Doctor Eduardo Montealegre Lynett, señor Vicepresidente de la Corte Constitucional, Doctor Jorge Iván Palacio Palacio, señores Magistrados y ex magistrados de las Altas Cortes y de los tribunales, Señor Gobernador, Doctor José Antonio Segebre Berardinelli, señora Alcaldesa, Doctora Elsa Noguera de la Espriella, señor Rector de la Universidad del Norte, Doctor Jesús Ferro Bayona, Señores profesores invitados, señores funcionarios, estudiantes, representantes de los medios, señoras y señores.

desarrollado con notable repliegue del estudio de los aspectos orgánicos o de los elementos estructurales de la organización política.

La teoría de los derechos ha ocupado, entonces, el lugar de la antigua teoría del Estado y a la pujanza de los primeros se suele contraponer la crisis de la institución estatal, al parecer desbordada, desde afuera, por los intentos dirigidos a consolidar entidades supranacionales inscritas dentro de los procesos de globalización económica o social y, desde el interior, debido a la insistente eclosión del fenómeno local que reivindica competencias para provincias o regiones.

Sin embargo, la pretendida disolución del ente que a partir de la modernidad ha conducido a institucionalizar el ejercicio del poder político todavía carece de la suficiente consistencia para anunciar el momento de la desaparición definitiva del Estado o para avizorar la fórmula organizativa que vendría a sustituirlo, reservándole el lugar que, conforme a una extendida doctrina, finalmente le correspondería en el museo de las antigüedades, junto a la rueda y al hacha del hombre primitivo.

En cualquier caso, no habiéndonos propuesto la prevención de sucesos de incierta ocurrencia futura ni la formulación de alguna profecía, una simple mirada al acontecer actual nos revela que el Estado permanece como punto de referencia y que aún el análisis de los factores que desafían su perdurabilidad no puede efectuarse al margen de esta institución.

El Estado persiste, aunque en un clima de transformación que lo influye de manera constante y decisiva en todas las áreas de su conformación y actividad y, si bien conserva los rasgos que lo han caracterizado, la hondura de los cambios o de la adaptación a ellos se mide en cada uno de los componentes que lo estructuran, así como en los variados ámbitos en los cuales despliega su actuación.

En estas condiciones, el retorno a examinar el Estado es válido siempre y cuando se le asuma en la situación actual y a fin de dar cuenta de la incidencia de las transformaciones tanto en su estructura, como en su funcionamiento y de los retos que se le plantean y ha de enfrentar en términos más o menos inmediatos. Empero, la tarea que así se enuncia es ambiciosa y compromete tantas aristas que pretender una revisión completa es propósito que desborda cualquier expectativa y, por ello, se impone la aproximación parcial fundada en el escogimiento de alguna de sus facetas.

Una ligera revisión de las teorías clásicas de la organización estatal revela que el elemento espacial ha sido clave en su desarrollo, pues el Estado moderno es eminentemente territorial y su consolidación estuvo ligada al progresivo aseguramiento de su dominio sobre un sustrato físico que sus principales doctrinantes se ocuparon de estudiar, las más de las veces en forma aislada y con el énfasis puesto en los diversos componentes en los cuales, desde una perspectiva que podría considerarse geográfica, se concreta el ejercicio del poder y la presencia del ente político en el escenario internacional.

Aún resulta factible acercarse a la realidad estatal con fundamento en el elemento territorial y recrear el proceso cumplido desde la definición de sus fronteras y el aseguramiento de la unidad hasta el momento presente signado por las transformaciones que apenas hemos insinuado, pasando por las variadas formas de organización territorial que se han ensayado a lo largo de su transcurso histórico, a fin de preservar la cohesión, responder a nuevas demandas, distribuir competencias entre distintos entes o compartir con ellos el poder que, en muchos casos, pretendió ejercerse exclusivamente desde un solo centro de impulsión.

Pero no se requiere de un desarrollo pormenorizado de cada una de las sucesivas etapas de ese recorrido para advertir que, sin desconocer su innegable interés, el estudio de los diferentes aspectos relacionados con el territorio se encuentra lejos de agotar la materia objeto de análisis, porque la real importancia del elemento físico del Estado surge del vínculo que con él han establecido los seres humanos que lo habitan y aspiran a pasar allí los años de su existencia y a cumplir en ese espacio sus expectativas o proyectos vitales.

Por eso, en el prólogo de la Constitución especialmente preparada para este evento, advertimos que, aun cuando “el estudio aislado del territorio estatal, de sus componentes o de su estructura organizativa podría satisfacer con creces las exigencias de una visión estática, la perspectiva de análisis varía cualitativamente y adquiere insospechadas connotaciones dinámicas cuando el elemento territorial es puesto en contacto con el conglomerado social que en él tiene su asiento”, ya que, de acuerdo con la idea que el constitucionalismo ha defendido, “el territorio del Estado no es primordialmente el sustrato físico que sirve de fuente a innumerables e importantes recursos, sino, ante todo, el lugar en donde el sujeto dotado de derechos adelanta un proyecto existencial, se vincula con los demás, cumple sus obligaciones, se

construye, aporta a la sociedad y espera prolongarse en su descendencia o mediante el legado surgido de su actuar”.

En este punto confluye, entonces, la teoría de los derechos fundamentales con la del Estado que suele abordar el elemento humano de la organización política valiéndose de categorías generales tales como la de nación o la de pueblo, conceptos cuyo contacto con el discurso de los derechos no les priva de su utilidad e importancia, aunque torna evidente la indispensable matización exigida por el *status* que las personas y, en ocasiones, ciertos grupos han adquirido a causa de la evolución del constitucionalismo hasta su momento actual.

Es sabido que la historia de los derechos ha atravesado por distintas fases y que del reconocimiento de su titularidad a determinadas personas, que tuvo por consecuencia la exclusión de otras, se pasó a un estadio de generalización, del cual se avanzó hacia un periodo de especificación que ha llevado a adscribir el catálogo más amplio surgido del proceso evolutivo a grupos o a sujetos ubicados en situaciones especiales originadas ya en las relaciones sociales establecidas, por ejemplo, entre empleadores y trabajadores, entre los monopolios y los consumidores o entre los prestadores de servicios públicos y los usuarios, en razón de las condiciones físicas o culturales de las personas.

La especificación de los derechos conduce a asumir a las personas en situaciones concretas, de tal manera que el titular abstracto de derechos deviene en un titular “situado”, por cuanto se le considera en aquellas peculiares condiciones que influyen decisivamente en su existencia. En este orden de ideas, cuando se pasa de los criterios generales, que antaño fueron casi los únicos que sirvieron de base al estudio del territorio estatal para estimar la diversidad de lo “local”, y se establece el vínculo con los derechos de grupos o de personas, la pertenencia a un lugar aparece como condición que contribuye a “situar” al portador de esos derechos y a hacerlo beneficiario de las posiciones subjetivas derivadas del proceso de especificación de las libertades.

De ahí que en el prólogo de la constitución especialmente editada con motivo de este evento se explique: “cómo ‘lo local’ constituye el escenario en el que, de manera directa e inmediata, se concreta el ideario constitucional y en el cual hombres y mujeres aparecen ‘situados’ en aquellas posiciones en las que jurídicamente son asumidos para garantizarles protección, asegurarles sus derechos fundamentales, prestarles servicios públicos o, al tenor de lo establecido en el artículo 2º superior, facilitarles la participación en la

adopción de “las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”, dado que

(...) las posibilidades de la democracia participativa que el texto constitucional prohija dependen, en buena medida, de la correlación entre el mantenimiento de la unidad nacional y el grado de fortalecimiento de los poderes locales, en cuanto núcleo básico sobre el que se sustenta la proyección de la persona, tanto en su faceta individual, como en su calidad de miembro de una comunidad que, en no pocas ocasiones, revela una impronta originada en el vínculo histórico de sus integrantes con la porción territorial a la que han estado ancestralmente ligados.

Ciertamente, durante un considerable lapso cuyo inicio coincide con la entrada en vigor de la Carta de 1991 buena parte de los intentos de comprensión ha girado alrededor de las inquietudes suscitadas por los derechos constitucionales fundamentales, entonces, después de veintiún años contados desde la expedición de nuestra Constitución, es hora de retomar el examen de materias que, como las relacionadas con el territorio del Estado y su organización, no obstante su incuestionable afinidad con los asuntos orgánicos o estructurales, mantienen una explicable cercanía con los derechos fundamentales que, al fin de cuentas, son el núcleo con base en el cual se debe interpretar toda la normatividad superior, incluida la regla del artículo 22 según la cual la paz no es solo un derecho fundamental sino también un deber de obligatorio cumplimiento.

En cualquier caso, con mayor o menor énfasis, los asuntos referentes al manejo del territorio han estado presentes en la discusión política y jurídica durante las dos centurias de vida independiente que ha completado el país, como que los grandes modelos de organización fueron objeto del debate que en las etapas iniciales enfrentó a federalistas y centralistas. Los primeros, admiradores de la experiencia norteamericana, defendieron las bondades del régimen que proponían remontándose a la administración colonial que, a su juicio, se había desarrollado desde distintos centros, porque los conquistadores españoles habrían buscado consolidar su predominio mediante la separación de las distintas zonas que respectivamente servían de asiento a tribus indígenas independientes y mediante la consecuente instauración de gobernaciones

y cabildos en cada una de esas regiones que, diversificadas en lo geográfico y aisladas entre sí, impulsaron la revolución emancipadora imprimiéndole el carácter de movimiento gestado en las provincias.

Los centralistas, por su parte, descalificaron el sistema federal por estimarlo proclive a enfrentamientos y al surgimiento de caudillos locales favorables a la disolución de la unidad que, en los primeros años, se consideraba indispensable para hacer frente a la eventual reconquista española y para asegurar la independencia, finalidades que en el pensamiento de don Antonio Nariño justificaban ensayar primero el modelo unitario en espera de que el mejoramiento de las condiciones permitiera experimentar el federalismo, propio de países más desarrollados.

Estas ideas fueron el motor que en distintas épocas animó las concepciones plasmadas en las sucesivas constituciones que rigieron la República, algunas de las cuales contemplaron ventajas a favor de las provincias o directamente instauraron un régimen federal, mientras que otras tomaron partido por el centralismo que, acogido en 1886, dominó el panorama nacional por más de cien años y fue conservado en la Constitución de 1991, con relevantes matizaciones.

El tránsito de una constitución a la siguiente, o entre diferentes reformas, ha dejado un conjunto de denominaciones de entes territoriales, desaparecidas unas y vigentes otras, pero reveladoras de la permanencia de una controversia que, abordada directamente o en forma latente, se mantiene y es indicativa de la constante búsqueda de formulaciones organizativas apropiadas a las expectativas de un Estado en incesante proceso de construcción y de formación de su identidad.

Cantones, provincias, confederaciones, estados federados, departamentos, intendencias, comisarías, corregimientos, municipios, distritos, regiones, territorios indígenas o república unitaria son algunas de las denominaciones integradoras del amplísimo catálogo de entes con base territorial que, en una historia todavía inconclusa, han compartido espacio con nociones tales como las de centralización, desconcentración, descentralización o autonomía que igualmente dan cuenta de caminos recorridos o de perspectivas destinadas a encauzar nuevas transformaciones.

Surge de lo discurrido que la ordenación de los aspectos territoriales es materia antigua y a la vez reciente y que en los tiempos que ahora transcurren se impone volver al tema con la intención de evaluar lo que ha sido el desa-

rrollo de la Constitución de 1991, de identificar aciertos y desventajas o de sugerir las profundizaciones aconsejables o los correctivos que fueren menester, siempre en línea con la tendencia actual que, fundada en los derechos, en la idea de democracia participativa y en el reconocimiento de la pluralidad étnica, cultural y regional, propende por el acercamiento de las autoridades y de la administración a los entornos habitados por las personas.

Los particularismos locales tienden, pues, a producir tratamientos especiales y a propiciar la expedición de estatutos jurídicos diversificados que, al responder a las especificidades de las regiones y de sus gentes, morigeran la aplicación de pautas organizativas rígidamente ajustadas a criterios de jerarquía y favorecen la conformación de un entramado de conexiones flexibles, capaz de garantizar la unidad a partir de la recíproca interdependencia de instancias ubicadas en un mismo plano.

Significa lo anterior que el poder ha de compartirse en forma tal que le corresponda una efectiva cuota a entidades locales aptas para ejercer las respectivas competencias en razón de su consistencia, ojalá fincada en factores históricos, culturales, geográficos o económicos que las doten de especial identidad y las hagan capaces de cumplir un proyecto que, a la par, afiance sus rasgos característicos y su pertenencia a la Nación, lo que implica, entre otras cosas, la posibilidad de darse sus propias autoridades, de identificar y tratar los asuntos o problemáticas de interés local, la capacidad para adoptar decisiones y la disponibilidad de recursos que les permitan la autofinanciación.

Primera parte

Una mirada a la organización del territorio y de las regiones desde la perspectiva comparada

Conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a partir de la jurisprudencia constitucional española

Ascensión Elvira Perales*

Sumario

1. Introducción. — 2. La resolución de conflictos competenciales por el Tribunal Constitucional. — 3. El Tribunal Constitucional y la configuración de las autonomías — 4. El Tribunal Constitucional y el reparto competencial. 4.1. Vías de atribución o delimitación de competencias. 4.1.1. Las leyes orgánicas de transferencia o delegación. 4.1.2. Las leyes de armonización. 4.1.3. Bases o legislación básica estatal. 4.1.4. Materias no atribuidas expresamente al Estado. 4.1.5. Materias horizontales y competencias en concurrencia. 4.2. Criterios de delimitación de las materias en supuestos de yuxtaposición de competencias. 4.3. España y la Unión Europea. — 5. El principio de supletoriedad del Derecho estatal. — 6. La reforma de los Estatutos de Autonomía y problemas suscitados. — 7. Conclusión. — Bibliografía.

1. Introducción

El sistema de distribución territorial del poder en España es fruto de su historia y, en particular, del proceso de elaboración de la Constitución de 1978, que se caracterizó por la falta de consenso sobre esta cuestión (frente

* Licenciada en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1977, Licenciada en Ciencias Políticas, Universidad Complutense de Madrid, 1978, Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1985, Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid. Autora de varias publicaciones.

al consenso generalizado en el resto de materias), lo que dio lugar a la aprobación de un Título VIII —‘De la organización territorial del Estado’— abierto, en el que se parte del principio dispositivo: serían los territorios con características comunes los que decidirían si convertirse en comunidades autónomas —y mediante qué procedimiento— y así mismo qué competencias asumirían dentro del marco ofrecido por la Constitución.¹

A estos factores se unieron los acontecimientos político-sociales paralelos o inmediatamente posteriores a la elaboración de la Constitución que propiciaron que se extendiera el sentimiento autonomista en los diversos territorios y que el mapa de autonomías se dibujara durante ese proceso constituyente, de tal manera que, para tratar de ordenar el sistema, en 1981 las fuerzas políticas aprobaron los denominados (primeros) pactos autonómicos, de modo que se cerrara el mapa autonómico y se impusieran unas pautas comunes en todo el proceso.

Posteriormente a la creación de las Comunidades Autónomas (CCAA) y a la aprobación de sus Estatutos de Autonomía, la composición de las Cortes Generales² y la ausencia en algunas legislaturas de mayorías absolutas que apoyaran al correspondiente gobierno, condujeron en bastantes ocasiones a que los partidos nacionalistas o regionalistas impusieran sus condiciones a cambio de apoyar a la mayoría gubernamental. Por otra parte, la emulación entre comunidades autónomas ha llevado a que un aumento de competencias alcanzado por una comunidad rápidamente supusiera una aspiración para el resto.

Toda esa serie de factores ha contribuido a que se haya generado una gran conflictividad y a que haya sido el Tribunal Constitucional (TC) quien haya señalado los límites a la autonomía, difusos en el texto constitucional. A ello se suma el complejo sistema de fuentes establecido en la Constitución³ y la ausencia de mecanismos de cooperación y coordinación, que solo

¹ Sobre el proceso constituyente y documentos sobre el mismo, véase Díez-Picazo, Luis M^a y Elvira Perales, Ascensión: *La Constitución española de 1978*. Iustel, Madrid, 2008. En torno al significado del principio dispositivo, Fossas Espadaler, Enric: *El principio dispositivo en el Estado autonómico*. Marcial Pons, Madrid, 2007.

² Las Cortes Generales son el Parlamento estatal y están compuestas por el Congreso de los Diputados y el Senado, con un claro desequilibrio entre ambas Cámaras a favor del Congreso.

³ Una obra clásica en el estudio de las fuentes es De Otto, Ignacio: *Sistema de Fuentes*. Tecnos, Madrid, 1987 (hay numerosas reediciones).

poco a poco y con desigual fortuna han ido implantándose. De esta forma, más allá de la Constitución y de las leyes atributivas de competencias, hay que acercarse a la doctrina del TC para conocer el alcance y los límites de la autonomía territorial en España.

A la hora de analizar cuál ha sido el papel del Tribunal Constitucional en la resolución de conflictos competenciales entre Estado y Comunidades Autónomas es preciso tener presente que dicho órgano no actúa de oficio, de manera que el hecho de que entre o no a conocer de un asunto depende de la voluntad de los legitimados para plantear un recurso de inconstitucionalidad o un conflicto positivo de competencias, lo que, en bastantes ocasiones, se condiciona a que el gobierno de la otra parte sea o no del mismo signo político que el contrario.

La premisa de la que deberá partirse en cualquier caso, como expresara el propio intérprete supremo de la Constitución, es que la “autonomía hace referencia a un poder limitado” (Sentencia del Tribunal Constitucional [STC] 4/81), algo que con frecuencia parece ser olvidado por parte de las instituciones y de los políticos autonómicos en su afán de aumentar su ámbito de poder, por un lado, o por el ansia de un mayor control por parte del Estado, por otro. Ambos supuestos propician un aumento de la conflictividad.

2. La resolución de conflictos competenciales por el Tribunal Constitucional

Los instrumentos que permiten al Tribunal Constitucional resolver los conflictos competenciales y a la vez la construcción de una doctrina acerca de la distribución competencial y de los límites entre el Estado y las Comunidades Autónomas son fundamentalmente los *recursos de inconstitucionalidad* y los *conflictos positivos de competencias*⁴ —dependiendo de si la norma tiene o no

⁴ En la LOTC se recoge igualmente la posibilidad de recursos negativos de competencias (arts. 68 a 72), pero no han llegado a plantearse. Mediante la reforma obrada por la LO 7/1999, de 21 de abril, se introdujeron los conflictos en defensa de la autonomía local (LOTC, arts. 75 *bis* a 75 *quinque*) con unos requisitos procesales muy exigentes para evitar la proliferación de este tipo de conflictos y que en la práctica los convierten en casi inviables.

Entre los estudios que se han ocupado de los conflictos competenciales cabe citar a García Roca, Javier: *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas*. Madrid, 1993; VV.AA.: *La Sentencia en los conflictos constitucionales de competencia. Actas de las III Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. CEP, Madrid, 1998; y a Requejo, Juan Luis (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, BOE, Madrid, 2001.

fuerza de ley—⁵ cuya regulación se encuentra en la Constitución (arts. 161 y 162) y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTc ⁶).

Para plantear un recurso de inconstitucionalidad están legitimados, con carácter general, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 diputados o 50 senadores. Por otra parte, frente a las disposiciones con fuerza de ley del Estado podrán promoverlo los consejos de gobierno o las asambleas legislativas (parlamentos) de las Comunidades Autónomas, pero estas instituciones autonómicas solo estarán legitimadas cuando “puedan afectar a su propio ámbito de autonomía” (art. 32.2 LOTc). Esta legitimación de los órganos de las CCAA se ha interpretado de manera generosa a partir de la STC 199/87, frente a una primera interpretación de carácter restrictivo (25/1981) que, después fue matizándose en las SSTC 84/1982 y 63/1986; esta comprensiva interpretación implica una mayor garantía para las Comunidades.⁷ Sin embargo, las Comunidades Autónomas no pueden formular recursos de inconstitucionalidad frente a leyes (o disposiciones de rango legal) de otras Comunidades (STC 99/1986), aunque sí, por tratarse de una ley estatal, frente a estatutos de autonomía, lo que, por otra parte, ha sucedido en diversas ocasiones (entre otras, SSTC 99/1986, 46/2010, 48/2010, 30/2011, 110/2011).

En el caso de los conflictos positivos de competencia, estos podrán ejercitarse tanto del Estado hacia una Comunidad Autónoma como de las CCAA frente al Estado, como entre Comunidades Autónomas. Los legitimados serán el Gobierno de la Nación o los consejos de gobierno de la CCAA, pero, en este caso, a los últimos se les exige un previo requerimiento al Gobierno estatal o al consejo de gobierno de la Comunidad supuestamente

⁵ En el art. 27, LOTc se precisa que por normas con fuerza de ley se entenderán Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas; las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley —donde se incluirían los Decretos-legislativos y los Decretos-leyes del Gobierno; los tratados internacionales; los reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado; las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas y los Reglamentos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

⁶ A esta Ley se puede acceder en www.tribunalconstitucional.es. En la misma página web se puede acceder a la Constitución y a las sentencias y autos del Tribunal Constitucional.

⁷ Así lo subraya Aguado Renedo, César, *El Tribunal Constitucional como garante del pluralismo territorial español*, en Biglino Campos, Paloma y Mapelli Marchena, Clara (dirs.), *Garantías del pluralismo territorial*, CEPC, 2011, p. 193. El trabajo es un excelente resumen del papel del TC en relación con las Autonomías.

transgresora, mientras que para el Gobierno estatal el requerimiento será solo potestativo (arts. 62 y 63 LOTC).

Sin embargo, no son solo esos dos instrumentos los que permiten un control competencial por parte del Tribunal Constitucional sino que, con frecuencia, también las *cuestiones de inconstitucionalidad* pueden ser la vía para resolver recursos competenciales, pues los órganos jurisdiccionales están obligados a plantear la cuestión cuando duden de la constitucionalidad de una norma con rango de ley aplicable al caso, y esa duda puede provenir de que consideren que se ha producido un exceso competencial por parte del Estado o de la Comunidad Autónoma (por ejemplo, SSTC 13/2010, 175/2011). No sucederá así en los supuestos de disposiciones infralegales en las que los propios órganos jurisdiccionales podrán dictar su nulidad, sin perjuicio de que solo cuando el Tribunal Supremo dicte esa nulidad, esta tendrá carácter general. En tal sentido, se observará que el control de las normas infralegales puede proceder tanto del Tribunal Constitucional como de los órganos jurisdiccionales ordinarios, sin perjuicio de un mayor alcance de las sentencias del primero, al ser el intérprete supremo de la Constitución.⁸

A la hora de resolver el Tribunal Constitucional no solamente tendrá como parámetro la Constitución, sino también el denominado ‘bloque constitucional’, es decir aquellas ‘normas interpuestas’ dictadas para atribuir o delimitar competencias o para regular o armonizar las competencias autonómicas (art. 28.1 LOTC).⁹ Vinculado a ello y debido a la tardanza en la resolución de los recursos y conflictos planteados, se plantea con una cierta frecuencia la cuestión del *ius superveniens*: de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional “el control de las normas que incurren en un posible exceso competencial debe hacerse de acuerdo con las normas del bloque de la constitucionalidad vigentes en el momento de dictar Sentencia” (por todas, SSTC135/2006 o 111/2012).

En los supuestos de conflictos competenciales (sea cual sea su forma) el Tribunal Constitucional solo entrará a conocer supuestos de “existencia de

⁸ Así mismo, es preciso recordar que el Gobierno puede impugnar disposiciones infralegales ante el Tribunal Constitucional en virtud de la previsión del art. 161.2 CE (arts. 76 y 77 LOTC), pero esta previsión no tendrá carácter competencial, sino que servirá para otro tipo de vulneraciones constitucionales (SSTC 54/1982, 64/1990).

⁹ Entre las SSTC en las que se ha referido al bloque de constitucionalidad, 10/1982, 76/1983.

un efectivo y real despojo de la competencia por el ente territorial invasor que genere una correlativa *vindicatio potestatis* por el ente invadido que se ve despojado de su competencia, sin admitir planteamientos meramente preventivos, cautelares, virtuales o hipotéticos” (STC 166/1987, 101/1995, 120/2012).

Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional “recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el ‘Boletín Oficial del Estado’ (art. 38.1 LOTC) en el supuesto de las cuestiones de inconstitucionalidad, además “El Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la Sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas” (art. 38.3 LOTC). En los conflictos positivos de competencia, “la sentencia declarará la titularidad de la competencia controvertida y acordará, en su caso, la anulación de la disposición, resolución o actos que ocasionaron el conflicto en cuanto estuvieren viciados de incompetencia, pudiendo disponer lo que fuera procedente respecto de las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la misma” (art. 66 LOTC).

Cuando declare la inconstitucionalidad, esta llevará aparejada, en general, la declaración de nulidad, pero no siempre será así, de hecho, no sucederá en supuestos en los que la inconstitucionalidad no afecte a todas las Comunidades Autónomas o en otros casos que determine el Tribunal Constitucional, como en casos en los que pudiera suponer graves perjuicios al interés general o en los que la norma ya hubiera agotado sus efectos (por ejemplo, STC 150/2012). En este sentido es preciso tener presente que el Tribunal puede matizar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad ya sea material o temporalmente. En efecto, el alcance de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o de atribución de la competencia en muchas ocasiones vendrá condicionado por el tiempo transcurrido entre la fecha en que se dictó la disposición controvertida y la fecha de resolución del recurso (o cuestión) de inconstitucionalidad o el conflicto de competencias, pues, en bastantes ocasiones, el largo periodo transcurrido hace que los efectos de la sentencia no sean más que declarativos para evitar los mayores perjuicios que de otra forma se producirían (por ejemplo, SSTC 36/2012 y 38/2012).¹⁰

¹⁰ En ocasiones, en particular en el caso de conflictos positivos de competencia, la sentencia puede llegar a dictarse hasta diez años o más tarde de la aprobación de la disposición recurrida, a modo

Así mismo, una práctica muy frecuente es la utilización de la técnica de las sentencias denominadas interpretativas, es decir, aquellas en las que admite la conformidad con la constitución de la disposición cuestionada siempre que se interprete de una determinada manera. Cuando se utiliza esta técnica en ocasiones se recoge en el fallo la remisión a la interpretación expuesta en los fundamentos jurídicos, mientras que en otros se omite, lo cual da lugar a que se susciten mayores problemas en torno a su alcance.¹¹

Por señalar datos recientes en torno a la conflictividad en las resoluciones del TC, durante los dos primeros cuatrimestres de 2012, de los 22 recursos de inconstitucionalidad resueltos, veintiuno son conflictos competenciales, por otra parte, se pronunciaron 19 sentencias que resolvían conflictos positivos de competencias y, de las 27 cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, diez tienen carácter competencial. A lo largo de 2011, de las 33 sentencias que resolvían recursos de inconstitucionalidad, 27 eran conflictos, se pronunciaron ocho sentencias sobre conflictos positivos de competencias y, por último, de las 23 sentencias dictadas respondiendo a cuestiones de inconstitucionalidad, el motivo de diez de ellas era la resolución de conflictos de competencias.¹² Se aprecia, pues, que la mayor parte de los recursos de inconstitucionalidad responden a conflictos y al igual que sucede con un número nada despreciable de las cuestiones de inconstitucionalidad.

Ese papel desempeñado por el Tribunal Constitucional en la resolución de conflictos competenciales ha sido una de las importantes tareas del TC —junto con la resolución de los recursos de amparo— y ha hecho que haya

de ejemplo, la Sentencia 99/2012, de 8 de mayo, resuelve el conflicto planteado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en relación con el Real Decreto 117/2001, es decir, un decreto dictado once años antes.

¹¹ Son muy numerosos los ejemplos de este tipo, por solo citar uno, la STC 31/2010, en las que la interpretación conforme en unas ocasiones es llevada al fallo y en otras, no.

¹² Hay que tener presente que algunas de las sentencias resuelven recursos, cuestiones o conflictos acumulados con lo que el volumen de conflictividad es mayor que el que denota el número de sentencias.

En la página web del actual Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas se encuentran las cifras de conflictividad: http://www.seap.minhap.es/es/areas/politica_autonomica/regimen_juridico.html

El último boletín de conflictividad disponible a septiembre de 2012 aparece en: http://www.seap.minhap.es/dms/es/areas/politica_autonomica/regimen_juridico/parrafo/c_MODELO_DEFINITIVO-4TRIM_2011-/c_MODELO_DEFINITIVO-4TRIM_2011%20.pdf

llegado a hablarse de una “doctrina constituyente”¹³ o de un “Estado jurisdiccional autonómico”.¹⁴ Por igual motivo también se ha destacado que el TC español responde más al modelo de tribunal federal que al de estricto tribunal constitucional, al de *Staatsgerichtsbarkeit* que al de *Verfassungsgerichtsbarkeit*.¹⁵

Es posible, pues, afirmar que la evolución y configuración del estado de las Autonomías no se entendería sin la dilatada doctrina del TC, pues es la que ha permitido fijar los márgenes de los preceptos abiertos de la Constitución y la que ha limitado, por una parte, las aspiraciones autonomistas de los partidos y políticos de las CCAA (en particular de aquellas con un carácter nacionalista o regionalista más acusado), por otra, las tentaciones unificadoras por parte de los órganos estatales. También han sido las sentencias vinculadas a asuntos autonómicos las más criticadas, quizá porque son las que tienen un contenido más político o se prestan a intereses más particulares.¹⁶

3. El Tribunal Constitucional y la configuración de las Autonomías

A la hora de analizar los conflictos competenciales se ha de partir (como ya se ha señalado) del hecho de que las previsiones constitucionales fueron sobrepasadas por los acontecimientos y, una vez aprobada la Constitución, pareció producirse una carrera por la autonomía y una mimesis de unas comunidades con otras, de tal forma que las diferencias entre ellas fueran solo aquellas que imponía el texto constitucional en función de la vía de acceso a la autonomía —arts. 143 y 151 CE—¹⁷ lo cual fundamentalmente suponía un mayor

¹³ Montilla Martos, José Antonio, *La inclusión de los nombres de las Comunidades Autónomas*, en Gómez Montoro, Ángel J, *La reforma del Estado autonómico*, Jornadas de estudio sobre el informe del Consejo de Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Universidad de Navarra, Madrid, 2007, p. 44.

¹⁴ Aragón Reyes, Manuel: “¿Estado jurisdiccional autonómico?”, en *RIVAP*, 1986, (16).

¹⁵ Aguado Renedo, César, *op. cit.*, p. 191.

¹⁶ Cabe señalar que en ocasiones se ha considerado que el Tribunal Constitucional no poseía ‘sensibilidad autonómica’. Al margen de lo dudoso de esa afirmación, la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional obrada por la L.O 6/2007 prescribe un cambio en la participación del Senado en la selección del tercio de magistrados que le corresponde elegir, conforme a ella, la Cámara Alta elegirá a los cuatro magistrados, de entre los propuestos por los parlamentos de las Comunidades Autónomas; la modificación fue recurrida y dio lugar a la polémica STC 49/2008.

¹⁷ El art. 151 CE abría una vía de acceso al máximo nivel de autonomía en un momento inicial, de superarse algunos requisitos: la iniciativa había de contar con el voto favorable de las diputaciones

nivel competencial en el caso de las autonomías del artículo 151 CE. Este acceso privilegiado a la autonomía se facilitaba a los territorios que en el pasado hubieran plebiscitado de manera afirmativa proyectos de estatutos de autonomía, es decir, Cataluña, País Vasco y Galicia (Disposición Transitoria Segunda de la Constitución), pero dejaba la vía abierta a que otros territorios también pudieran optar por el máximo techo competencial inicial si cumplían los requisitos impuestos por el artículo 151 CE. Sin embargo, ese principio dispositivo acerca del camino a seguir quedó en parte truncado cuando, tras la aprobación de los Estatutos¹⁸ de las denominadas Comunidades históricas (Cataluña, País Vasco y Galicia),¹⁹ los Acuerdos Autonómicos de 1981 —y no el ordenamiento— cerraron la vía a la utilización del procedimiento del artículo 151 CE e hicieron que únicamente Andalucía pudiera beneficiarse de él, teniendo el resto de territorios que atenerse al procedimiento común.

El Tribunal Constitucional contribuyó a zanjar los conflictos que surgieron en torno al cierre del mapa autonómico de manera que avaló la imposibilidad de que León se convirtiera en autonomía uniprovincial, habiendo de formar parte de la Comunidad de Castilla y León (STC 89/1984) y confirmó la integración forzosa de Segovia en esa misma Comunidad (STC 100/1984). También le correspondió salvar todo el procedimiento de acceso de Andalucía a la autonomía por la exigente vía del art. 151 CE, supliendo

provinciales y de las tres cuartas partes de los municipios de las provincias afectadas y con voto afirmativo de la mayoría absoluta de los electores de cada provincia. El procedimiento ordinario, art. 143 CE, que limitaba las competencias asumibles durante un periodo de, al menos, cinco años, requería de la iniciativa por las diputaciones provinciales y dos terceras partes de los municipios. No obstante, para los territorios ya dotados de un régimen provisional de autonomía se les eximía de esos trámites, conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Primera. Las dos primeras disposiciones transitorias en buena medida sirvieron para adecuar la realidad autonómica al texto constitucional.

¹⁸ Los Estatutos de Autonomías son aprobados por las Cortes Generales como leyes orgánicas, pero la iniciativa procede del parlamento de la Comunidad Autónoma (o de los entes preautonómicos en el momento inicial); en el caso de las Comunidades del art. 151 CE el texto, una vez aprobado por las Cortes Generales, es sometido a referéndum en la Comunidad correspondiente. Los Estatutos, al igual que el resto de las leyes orgánicas, necesitan de la aprobación por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados (art. 81 CE). Los estatutos de autonomía, sus modificaciones y una comparativa entre ellos puede encontrarse en: http://www.seap.minhap.es/es/areas/politica_autonomica/Estatutos_Autonomia.html

¹⁹ Estas tres comunidades se beneficiaron de la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución, de modo que, por haber plebiscitado en el pasado estatutos de autonomía y contar con regímenes provisionales de autonomía, no tenían que seguir los complejos trámites previstos en el art. 151 CE.

con la utilización del artículo 144 c) CE²⁰ la falta del quórum requerido en la provincia de Almería en la consulta popular celebrada en toda la comunidad para refrendar esa vía autonómica.²¹

La doctrina del Tribunal Constitucional ha servido también para perfilar el instrumento normativo de los *estatutos de autonomía*, definidos como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma y que, entre otros aspectos, contienen las competencias asumidas por ella. Estas leyes ocupan un lugar singular entre las fuentes del Derecho, debido a su papel en el desarrollo de las previsiones constitucionales, con la particularidad formal de que en ellas confluye tanto la voluntad estatal que se manifiesta a través de su aprobación por las Cortes Generales, como de la Asamblea de la Comunidad Autónoma respectiva, quien previamente lleva a cabo su redacción, con consulta mediante referéndum al pueblo de la CA en las comunidades del artículo 151 CE. El Tribunal Constitucional ha destacado que:

Los Estatutos de Autonomía, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Título VIII de la Constitución, fundan la Comunidad Autónoma, la dotan del correspondiente poder político y permiten el natural desenvolvimiento de dicho poder mediante la emanación de Leyes en sus ámbitos de competencia, desarrollándolas reglamentariamente y aplicándolas a través, respectivamente, de sus Consejos de Gobierno y de sus Administraciones Públicas. Cobra, así, sentido la calificación constitucional de los Estatutos como «norma institucional básica» de la correspondiente Comunidad Autónoma (art. 147.1 CE).

²⁰ Ese precepto permite que las cortes Generales, mediante ley orgánica, puedan “sustituir la iniciativa de las corporaciones locales a que se refiere el apartado 2 del artículo 143”. La previsión constitucional se refería, en realidad, a un supuesto distinto.

²¹ La Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, establecía el requisito de la obtención de la mayoría absoluta del electorado en cada una de las provincias que componían el territorio de la futura autonomía. En Almería se obtuvo una mayoría simple, lo que hubiera implicado el desgajamiento de esa provincia de la autonomía andaluza, ante eso, se procedió a la reforma de la Ley Orgánica citada con efectos retroactivos para permitir que las Cortes Generales sustituyeran la iniciativa inicialmente prevista.

Los Estatutos, pues, se configuran “como pieza esencial en la distribución territorial del poder político del Estado” (STC 247/2007).

El Tribunal Constitucional intervino así mismo para considerar conforme a la Constitución el procedimiento elegido para el acceso a la autonomía de Navarra a través de la denominada Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra con apoyo en la Disposición Adicional 1ª CE (STC 16/84), que, aunque formalmente, como ley orgánica fue pactada por el Gobierno de la nación y el de la Comunidad Autónoma.

Con respecto al contenido de los Estatutos de Autonomía, el Tribunal Constitucional ha contribuido a determinar la organización institucional, imponiendo como modelo de organización institucional común el que la Constitución imponía a los Estatutos del artículo 151 CE (STC 225/1989). Sin perjuicio de que fuera de esa organización ‘común’ admita libremente la creación de otros organismos, como puedan ser cámaras de cuentas, consejos consultivos de diferente carácter o defensores del pueblo autonómicos.²²

En relación con el reparto competencial, el Tribunal Constitucional avaló que los estatutos de autonomía permitieran la asunción de competencias de las Comunidades Autónomas a través de las denominadas *cláusulas subrogatorias*, esto es, la posibilidad de que el Estatuto atribuyera al Consejo de Gobierno de la Comunidad competencias que una ley estatal atribuía al Gobierno estatal. Esta técnica se utilizó en los Estatutos de Autonomía de Cataluña y del País Vasco (después reproducida en otros), para permitir que correspondieran a los poderes autonómicos “ejercer todas las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial reconozcan o atribuyan al Gobierno del Estado”, lo que dio lugar a interpretar que las Comunidades Autónomas podían asumir competencias en lo que se vino a llamar “la administración de la Administración de Justicia”, es decir, en aspectos atinentes a la “oficina judicial”: el conjunto de medios materiales y personales al servicio de la Administración de Justicia, pero no integrados en ella en sentido estricto (SSTC 56/1990 y 62/1990, luego reiterado en otras como SSTC 105/2000, 253/2005, 270/2006 o 194/2006). Lo dicho hasta el

²² En este punto hay que destacar que también se ha producido ese mimetismo al que nos venimos refiriendo de manera que cada nueva institución creada por una comunidad autónoma ha sido luego adoptada por el resto de comunidades o de buena parte de ellas. En los últimos meses, debido a la profunda crisis económica, se están eliminando alguna de esas instituciones como forma de reducir gastos.

momento ya permite afirmar que el diseño del mapa autonómico y el papel y contenido de los Estatutos de Autonomía debe mucho al Tribunal Constitucional. Como tendremos ocasión de seguir comprobando en las siguientes páginas, —en palabras de E. Albertí— “en España también se han producido numerosas modificaciones del orden autonómico fundamental, aunque la Constitución no haya sido modificada en este aspecto”.²³

4. El Tribunal Constitucional y el reparto competencial

Si nos adentramos en el capítulo competencial, hay que volver a recordar el carácter abierto del Título VIII de la Constitución, pues, conforme al principio dispositivo, no solo se dejaba a la voluntad de los territorios constituirse como comunidades autónomas, sino que también se les dejaba la decisión sobre las competencias que asumirían sobre la base del reparto que la Constitución establece en los artículos 148 y 149 CE, siempre sin olvidar que el art. 149.1 CE, en el que se recogen las materias de competencia ‘exclusiva’ del Estado, en realidad, deja muchas parcelas en las que cabe la asunción de parte de la competencia por las Comunidades Autónomas.²⁴ Recordemos también la emulación que se ha venido produciendo entre los diversos territorios, de tal forma que una mayor atribución de competencias en un territorio desemboca irremediabilmente en una mayor demanda competencial por parte del resto de las comunidades, de forma tal que, ante la falta de cierre constitucional, esa situación parece no tener fin.

Estos factores han conducido a que la interpretación del TC haya sido clave en la configuración del reparto competencial entre Estado y CCAA, no solo por la incidencia del principio dispositivo y las diferencias que ello provoca (especialmente marcadas en los primeros años de andadura autonómica en los que la diferencia entre las denominadas comunidades del régimen común y las del art. 151 CE era muy acusada, pero también después), sino asimismo por la propia redacción de los artículos 148 y 149 CE que no

²³ Albertí Rovira, Enoch: “Las reformas territoriales en Alemania y en España y la sostenibilidad del paradigma autonómico español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2006, (78), p. 11.

²⁴ Por poner solo dos ejemplos, se atribuye al Estado la “Legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por las Comunidades Autónomas” (art.149.1.7ª) o la “Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde exista (...)” (art. 149.1.8ª).

establecen una división competencial nítida, sino donde, junto al empleo de términos como ‘legislación básica’ o ‘bases’, se suman competencias de claro efecto horizontal como la regulación de la economía, que hacen precisa una labor interpretativa no solo en el deslinde de las materias, sino sobre el alcance y contenido de las competencias exclusivas o compartidas y, en su caso, de las concurrentes. El complejo sistema de fuentes presente en la Constitución tampoco contribuye a facilitar la tarea de la atribución competencial. Si esta es una labor que ha ido desarrollando el legislador estatutario, el legislador orgánico o el legislador ordinario —este último estatal o autonómico—, la adecuación con la Constitución y la interpretación le ha correspondido al Tribunal Constitucional, de tal manera que no cabe sino recurrir a su doctrina para lograr una comprensión de la distribución territorial del poder en España. Este papel del TC se ha visto potenciado así mismo por dos factores: uno, la ausencia de una auténtica cámara de representación territorial, papel que, en teoría, debería cubrir el Senado, pero que por su diseño no desempeña; otro, la ausencia o escasez de mecanismos de cooperación entre Estado y Comunidades Autónomas o de estas entre sí, que solo paulatinamente han ido cubriéndose (con diferente fortuna) y que han hecho que los conflictos recayeran en el TC.²⁵

Muchos son los asuntos sobre los que se ha pronunciado el TC, entre esos aspectos en los que se discutía la distribución competencial cabe destacar los especificados a continuación.

4.1. Vías de atribución o delimitación de competencias

La primera vía de atribución de competencias a las Comunidades Autónomas son sus respectivos Estatutos de Autonomía, el reparto competencial que llevan a cabo los Estatutos la deja abierta a problemas de interpretación en torno al alcance de esas competencias. Los estatutos, por otra parte, no constituyen la única vía de atribución competencial. En buena parte de los casos será precisa una delimitación competencial, la cual llevará a cabo en primer lugar el legislador, pero en última instancia, el Tribunal Constitucional.

²⁵ En todo el planteamiento subyace, claro está, el juego del equilibrio de fuerzas entre los partidos políticos, en particular la mayor colaboración de las Comunidades con el Estado, cuando coincide la fuerza política en el poder; por otro lado, los partidos nacionalistas o regionalistas periféricos que inciden con mayor o menor fuerza en las decisiones políticas en función de la mayoría política que sustenta al gobierno del Estado o de los intereses en juego en el interior de la CA.

Antes de abordar esa cuestión, es conveniente una aproximación a los *tipos de división competencial*: En primer lugar, se contemplan los supuestos de competencias exclusivas ya sean del Estado o de las Comunidades Autónomas; en segundo lugar, en los casos de competencias compartidas, a su vez, cabe distinguir supuestos en los que al Estado le corresponde la legislación y a las CCAA la ejecución o aquellos otros en los que al Estado le corresponde la legislación básica y a las CCAA la legislación de desarrollo y la ejecución, con diferentes matices, algunos de los cuales se pondrán de manifiesto en las páginas siguientes. Junto a ellas encontraremos otras posibilidades como las que ofrecen las competencias horizontales y las competencias en concurrencia (que no concurrentes) a las que más adelante nos referiremos.

Según el grado de intensidad de las competencias autonómicas en relación con las diversas materias que determinan el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el Tribunal Constitucional distingue (SSTC 14/1994, 150/2012):²⁶

- a) supuestos en los que el Estado no invoca título competencial alguno, mientras que la Comunidad Autónoma ostenta competencia exclusiva sobre una determinada materia;
- b) supuestos en los que el Estado dispone de un título genérico, básico o de coordinación, correspondiendo a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución;
- c) casos en los que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación relativa a una materia, cuya ejecución corresponde a la Comunidad Autónoma y
- d) supuestos de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, pero en los que concurren circunstancias excepcionales que determinan que la gestión de las ayudas pueda ser realizada por el Estado.

²⁶ En general, citaremos las primeras sentencias o las resoluciones clave sobre la materia, así como alguna reciente que reitere esa doctrina o la matice; en ellas se encontrarán referencias o remisiones a otras sentencias.

Por otro lado, íntimamente unida a la división competencial es preciso aludir a la competencia de *coordinación del Estado*, que habrá de ejercerse en supuestos de competencias sustantivas compartidas. La coordinación supondrá

(...) la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades (...) estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema (SSTC 32/1983, 111/2012).

Aunque la coordinación conlleve un cierto poder de dirección (STC 214/1989), no podrá servir para usurpar competencias a las Comunidades Autónomas (STC 227/1988).

Es preciso hacer un apunte sobre la posibilidad de *ejercicio por el Estado de competencias que no le corresponden por razones de seguridad y de urgencia*. El Tribunal Constitucional ha admitió esta posibilidad, sobre la base de que ha de ejercerse de manera restringida (SSTC 33/1982, 95/1984, 15/1989) y con respeto del principio de proporcionalidad (STC 329/1993). Esta posibilidad ha sido utilizada, entre otras, en supuestos de crisis sanitarias y también para suplir la inactividad de las Comunidades Autónomas con respecto a competencias vinculadas a la Unión Europea.

Por último, es preciso advertir que, aunque atribución de competencias y delimitación de competencias responden a dos realidades distintas, la dificultad de distinción en algunos casos y el entrecruzamiento que se produce entre una y otra hace que las englobemos en un mismo epígrafe. Confío en que las explicaciones que se ofrecen sirvan al lector para intuir las diferencias.

4.1.1. Las leyes orgánicas de trasferencia o delegación

Algunas de las iniciales manifestaciones de este tipo de leyes se produjeron con ocasión del cierre de la vía autonómica del artículo 151 CE impuesta por los primeros pactos autonómicos, frustrando así los anhelos de otros territorios, lo cual condujo a forzar una comprensión del texto constitucional acorde a las circunstancias, de manera que dos Comunidades Autónomas, Valencia y Canarias, vieron ampliadas sus competencias mediante sendas leyes

orgánicas de transferencia,²⁷ asumiendo así un techo competencial similar al de las Comunidades Históricas o Andalucía. De esta manera, un instrumento normativo (art. 150.2 CE)²⁸ que parecía llamado a ceder el ejercicio de competencias estatales de manera puntual se convirtió en una forma más de cesión competencial.²⁹ Como ha puesto de manifiesto algún autor, “los Acuerdos Autonómicos de 1981 no vinieron sino a sancionar una interpretación del art. 150.2 CE que sirviera para eludir el *tempus* del proceso autonómico previsto por la Constitución”.³⁰

De manera general, las leyes orgánicas de transferencia o delegación se ha afirmado que pueden cumplir una función atributiva de competencias y también delimitadora de su contenido (STC 76/1983).³¹ Sin embargo, estas leyes son aprobadas con la única voluntad de las Cortes Generales, las cuales podrán proceder a su modificación o derogación (STC 56/1990), por ese mismo motivo el delegante tiene la potestad de sujetar el ejercicio de las facultades delegadas a los requisitos o criterios que estime oportunos (STC 118/1996), con el límite de que no podrán autorizarse controles de legalidad distintos de los establecidos por el artículo 153 b) CE.³² Todos estos motivos

²⁷ España, Senado de España, Leyes Orgánicas 11 y 12/1982, de 10 de agosto.

²⁸ En ese mismo artículo en su apartado 1, se prevé otro tipo de fuente atributiva de competencias: la ley marco, pero este tipo de ley ha tardado en emplearse (no se utilizó hasta 1997) y después solo con un alcance limitado, como mecanismo para atribuir competencias normativas a las CCAA sobre impuestos cedidos por el Estado.

²⁹ La vía de asunción de competencias del art. 150.2 CE a la que nos referimos volvería a utilizarse después, con base en los Acuerdos Autonómicos de febrero de 1992, con esa misma finalidad de aumentar las competencias de las Comunidades antes de llevar a cabo la correspondiente reforma estatutaria (L.O. 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por vía del art. 143 de la Constitución; L.O. 16/1995, de 27 de diciembre, de transferencia de competencias a la Comunidad Autónoma Gallega), con lo que las leyes orgánicas de transferencia resultantes, dejan de ser un complemento al contenido estatutario, para convertirse en otra vía -ahora además previa al Estatuto- de asunción competencial. Tal interpretación no es desde luego la que pareciera derivarse inicialmente del texto constitucional. Sobre la cuestión véase Medina Guerrero, Manuel: “La ampliación competencial de 1992. La inversión del proceso: la ley orgánica de transferencia como antesala de la reforma estatutaria”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2006, (78), p. 95, donde alude a diferentes autores que se han pronunciado en similar sentido.

³⁰ Medina Guerrero, Manuel, *op. cit.*, p. 83. El mismo autor recuerda cómo a ese cambio se le ha calificado en ocasiones como auténtica “convención constitucional”.

³¹ La CE se refiere a transferencia de ‘facultades’, lo que podría haberse interpretado con un alcance más limitado.

³² En ese precepto se prevé el control por parte del Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado.

han conducido a que, en cuanto se ha abierto la posibilidad, su contenido se ha integrado en los Estatutos de Autonomía,³³ pues de esta forma, aun cuando la aprobación última de los Estatutos le corresponda a las Cortes Generales mediante ley orgánica, en su redacción participan las asambleas legislativas de las CCAA.

4.1.2. Las leyes de armonización

De acuerdo con la Constitución existen otros tipos normativos que inciden o pueden incidir en el reparto competencial, sin embargo, la posibilidad de aprobar leyes de armonización, prevista en el artículo 150.3 CE, pareció cerrarse tras la Sentencia 76/1983 en la que el Tribunal Constitucional estimó un recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA). El Tribunal negó que el legislador tuviera competencia para cerrar las interpretaciones posibles imponiendo una sola a todos los poderes públicos y afirmó que el legislador no puede “dictar normas que incidan en el sistema constitucional de distribución de competencias para integrar hipotéticas lagunas existentes en la Constitución”, y que

El legislador estatal no puede incidir indirectamente en la delimitación de competencias mediante la interpretación de los criterios que sirven de base a la misma. Es cierto que todo proceso de desarrollo normativo de la Constitución implica siempre una interpretación de los correspondientes preceptos constitucionales, realizada por quien dicta la norma de desarrollo. Pero el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto precepto de la Constitución, pues, al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en su mismo plano, cruzando al

³³ En realidad en los casos de Canarias y de la Comunidad Valenciana y las competencias se incluyeron originariamente en sus Estatutos, pero la auténtica atribución de competencias se produjo mediante las respectivas leyes orgánicas (LO 11/1982 y LO 12/1982). Posteriormente tras los pactos autonómicos de 1992 se ampliaron primero las competencias mediante la correspondiente ley orgánica (LO 9/1992), introduciéndose posteriormente en cada uno de los Estatutos de Autonomía a medida en que se fue aprobando su reforma.

hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos (STC 76/1983).

La armonización, pues solo podría emplearse en supuestos en los que el legislador no disponga de otros cauces, pues las leyes de armonización vendrían a complementar, no a suplantarse, las demás previsiones constitucionales.

En otras ocasiones el Tribunal Constitucional ha precisado que hay que efectuar una distinción entre la verdadera interpretación genérica y abstracta de los preceptos del bloque de constitucionalidad y la necesaria operación interpretativa que conlleva la tarea del legislador estatal (STC 227/1988). En cualquier caso, el resultado fue que, ante el fracaso de la LOAPA, el legislador no volvió a utilizar esa vía y existe la creencia generalizada de que —al menos con el actual estado de cosas— es una vía cerrada.

4.1.3. Bases o legislación básica estatal

Un capítulo especialmente complejo a la hora de delimitar competencias lo constituyen las *bases estatales*, *las normas básicas* o *la legislación básica estatal*,³⁴ pues en este punto habrá que delimitar el alcance material y formal de lo básico. La interpretación de estos términos ha sido obra del Tribunal Constitucional, el cual, desde sus iniciales pronunciamientos optó por una noción material de bases: “esos principios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente” (STC 32/1981); “la propia Ley puede y debe declarar expresamente el carácter básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión básica” (STC 109/2003, 136/2012); en general, la noción de lo básico se vincula a una interpretación teleológica (STC 141/1993), pero, en función de la materia, se amplía o restringe el ámbito de intervención estatal, por lo que las bases sirven también como medio para delimitar

³⁴ Son bastantes los preceptos que hacen referencia a la atribución al Estado de las bases o de la legislación básica: “Bases y coordinación general de la sanidad” (art. 149.1.16^a), legislación básica de la seguridad social (art. 149.1.17^a), “Las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios...” (art. 149.1.18^a), “Legislación básica sobre protección del medio ambiente (...)” (art. 149.1.23^a), “Normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión (...)” (art. 149.1.27^a).

competencias después de comprobar que la norma es realmente básica (entre otras, STC 166/2002).

Tal noción material de las bases permitirá que las Comunidades pudieran llevar a cabo un desarrollo en ausencia de normativa estatal que regulara la materia, si bien la normativa básica sobrevenida puede suponer la inconstitucionalidad de las normas de desarrollo (STC 1/2003).³⁵

El concepto material de legislación abarcará tanto leyes y normas con rango de ley, como los reglamentos ejecutivos (SSTC 18/1982 y 35/1982) y ocasionalmente puede englobar actos puramente ejecutivos, si de ellos se deriva su carácter básico, pero sin que el Estado pueda agotar la materia, pues a las Comunidades Autónomas les ha de restar la regulación de lo no básico (STC 1/1982).

Aunque el carácter material de las bases es el más definitorio, no obstante, el Tribunal Constitucional para lograr una mayor seguridad jurídica comenzó a exigir la forma de ley para esas bases (SSTC 69/1988 u 80/1988), sin que se imponga ninguna categoría legislativa particular (STC 233/1999) y sin que sea preciso un texto independiente para cada materia;³⁶ al menos resultaría exigible que fuera en una ley donde se definiera lo básico, sin perjuicio de que el desarrollo se hiciera en una disposición reglamentaria. Sin embargo, no siempre se ha exigido ese requisito formal, primando siempre el criterio material, lo que no ha impedido que, en ocasiones, la insuficiencia de rango haya sido el motivo que ha determinado el fallo del conflicto, como, por ejemplo, en la STC 156/2011, a pesar de reconocerse la adecuación material del reparto competencial efectuada por la disposición impugnada.³⁷

³⁵ Conviene resaltar, no obstante, que la normativa sobrevenida puede también obrar en sentido inverso, tal es el caso, por ejemplo, de la STC 194/2011, en el que la reforma operada en el Estatuto de Cataluña en 2006 sirve para delimitar la competencia de esa Comunidad en relación con un conflicto planteado con anterioridad, atribuyéndole la competencia controvertida.

³⁶ Con esto lo que quiere es admitirse la posibilidad de que la normativa básica pueda contenerse, en su caso, en lo que se conocen como 'leyes ómnibus' o 'leyes de acompañamiento': leyes que se discuten y aprueban de forma paralela a la ley de presupuestos generales del Estado, con un contenido variado, que con frecuencia modifica muy diversas leyes, modificaciones que, en general, vienen impuestas o propiciadas por las previsiones presupuestarias. Este hecho hace también que el Tribunal Constitucional haya justificado la falta de permanencia de cierto tipo de normas básicas, en particular las vinculadas a la economía o a la política económica (STC 120/2012).

³⁷ La disposición impugnada era una orden ministerial.

Aunque por regla general las bases harán referencia a legislación, el Tribunal Constitucional ha admitido en determinadas ocasiones que se califique como básica alguna actividad ejecutiva cuando dicha actividad afecte a intereses supracomunitarios y venga justificada por medidas indispensables para la preservación de lo básico o para garantizar la consecución de fines inherentes a la regulación básica (SSTC 49/1988 o 135/1992), incluso que “en algunas materias ciertas decisiones y actuaciones de tipo aparentemente coyuntural, que tienen como objeto la regulación inmediata de situaciones concretas, pueden tener sin duda un carácter básico por la interdependencia de éstas en todo el territorio nacional” (STC 24/1985, 135/2012).

Sin embargo, no hay que confundir bases o legislación básica con la posibilidad derivada del *artículo 149.1.1 CE* que permite que el Estado regule “las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”, pues como en diferentes ocasiones ha subrayado el Tribunal Constitucional, ese precepto solo habilita al Estado “una cierta homogeneidad en el ejercicio de tales derechos cuando ello fuere aconsejable para evitar una excesiva diversidad que pudiera menoscabar la entidad sustancial del derecho de que se trate” (STC 247/2007, reiterado en diferentes ocasiones), las condiciones básicas serán las imprescindibles para lograr aquella igualdad (STC 111/2012). Esta previsión, en consecuencia, no será atributiva de competencias, pero sí podrá servir para limitar el alcance de competencias autonómicas.

Capítulo aparte (puesto que en puridad no se trata de normativa básica), merece la delimitación competencial en relación con los *derechos fundamentales* del Título I, Capítulo II de la Constitución, cuyo desarrollo ha de realizarse mediante ley orgánica, lo que podría llevar a excluir la intervención autonómica en esta materia, pues bien en la STC 173/1998, sobre la ley vasca de asociaciones “requiere ley orgánica únicamente la regulación de un DF que ‘desarrolle’ la Constitución de manera directa y los elementos esenciales para la definición del DF, (...) la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas”, lo que después se reiteró en la STC 135/2006 sobre la ley catalana de igual materia. En ambos casos, se daba la peculiaridad de las leyes autonómicas se dictaron con anterioridad a la ley orgánica, lo que, a su vez, permitió aplicar la doctrina sobre el carácter material de la normativa básica, es decir, admitir la

constitucionalidad de la normativa autonómica que no incidiera en el ámbito propio de la ley orgánica.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado también con respecto a otros supuestos que no atribuyen ni delimitan competencias, pero que están íntimamente vinculados a ellos, nos referimos a los decretos de traspaso de servicios y a las subvenciones.

Con respecto a los decretos de traspaso de servicios el Tribunal Constitucional ha manifestado que no atribuyen en ningún caso competencias, sino que se limitan a traspasar los medios personales y materiales necesarios para que las CCAA puedan asumir las competencias reconocidas en los Estatutos de autonomía o en otro tipo de normas atributivas de competencias (STC 25/1983, 209/1990...), por ser fruto de acuerdos de comisiones mixtas Estado-Comunidad Autónoma y no pueden ser alterados unilateralmente por el legislador estatal (SSTC 76/1983, 86/1989).

De igual forma, ha afirmado que las subvenciones no delimitan competencias, ni la facultad de gasto constituye un título competencial autónomo e implícito, ajeno al sistema de distribución de competencias (SSTC 13/1992, 188/1999, 89/2012), sino que la atribución se establecerá en torno al orden competencial establecido y a la posible incidencia de competencias horizontales.

A modo de conclusión de este epígrafe, cabe apreciar que, aunque algunos autores han entendido que la interpretación del Tribunal Constitucional en torno a la legislación básica no solo ha permitido reducir el ámbito competencial autonómico, sino que ha provocado su correspondiente indeterminación,³⁸ no compartimos esa comprensión, pues, si bien es cierto que se encuentran resoluciones que parecen inclinar la balanza del lado del Estado, en muchas otras sucede lo contrario y, de hecho, el propio Tribunal Constitucional ha manifestado que la delimitación de lo básico que lleva a cabo tiene como finalidad esencial procurar que la definición de lo básico no quede en cada caso a la libre disposición del legislador estatal, “pues ello permitiría dejar sin contenido las competencias autonómicas” (STC 80/1988).

³⁸ Sobre estas cuestiones véase Montilla Martos, José Antonio: “La legislación básica tras las reformas estatutarias”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2006, (78), pp. 105-150.

4.1.4. Materias no atribuidas expresamente al Estado

Otro precepto que ha jugado un papel importante en torno a las competencias autonómicas es el artículo 149.3 CE, cuando prevé que las competencias que no hayan sido atribuidas expresamente al Estado podrán ser asumidas por las Comunidades Autónomas.³⁹ Pues bien, su interpretación ha sido obra del Tribunal Constitucional: ese inciso podría entenderse en el sentido de que existen competencias concurrentes, es decir, competencias que podrían ser ejercidas por las CCAA siempre que el Estado no las asumiera; sin embargo, esa interpretación fue descartada y, en su lugar, estableció que si esas competencias posibles eran asumidas por las Comunidades Autónomas quedarían excluidas de las competencias estatales. Esto significó la inexistencia en nuestro sistema de las competencias concurrentes,⁴⁰ convirtiendo de este modo todas las competencias en exclusivas del Estado o de las Comunidades Autónomas, desde el punto de vista de la titularidad (esto es, aunque muchas de esas competencias sean compartidas desde un ángulo material). Esta forma de entender esa atribución competencial, no obstante, ha aumentado la conflictividad entre el Estado y las Comunidades.

4.1.5. Materias horizontales y competencias en concurrencia

Capítulo aparte merecen las llamadas *materias horizontales o transversales*, es decir aquellas materias que, como la regulación de la economía, por su naturaleza afectan a buena parte del resto de materias, lo cual conduce a la necesidad de proceder a una interpretación restrictiva de las mismas a fin de no desvirtuar todo el sistema de atribución de competencias. En palabras del propio Tribunal Constitucional, por materias horizontales se entiende ‘títulos materiales’ que cruzan horizontalmente todas las otras materias por la que una interpretación expansiva de tales títulos podría desvirtuar todo el sistema de

³⁹ Inicialmente solo podían asumir esas competencias aludidas en el art. 149.3 CE las comunidades que accedieron a la autonomía por la vía del art. 151 CE, más tarde por vía de sendas leyes de transferencia se les atribuyeron a la Comunidad Valenciana y a Canarias. Transcurridos cinco años de la aprobación de sus estatutos podrían acceder a estas competencias el resto de comunidades, lo cual hicieron (después de más de cinco años) primero por una ley de transferencia y luego por sus respectivas reformas estatutarias.

⁴⁰ Hay que hacer notar que algún autor denomina ‘competencias concurrentes’ a aquellas en las que al Estado le corresponden las bases y a las Comunidades Autónomas, el desarrollo. En este sentido, Aja, Eliseo, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*. Alianza, Madrid, 1999.

distribución de competencias, por lo que en cada caso habrá de procederse a un análisis pormenorizado (entre otras 125/1984, 225/1993, 143/2012). En algunas ocasiones, en apoyo de la argumentación, el TC justifica la decisión no solo en la materia horizontal correspondiente, como pueda ser la planificación general de la economía, sino en alguna otra competencia estatal de carácter más específico (STC 18/2011 o 185/2011, en la que, junto a la planificación económica, se invoca la competencia estatal en sanidad).

En este tipo de materias se reconoce la competencia estatal incluso en los casos en los que en el correspondiente estatuto se definiera la competencia autonómica como exclusiva (STC 295/1993, 143/2012). Así mismo se ha planteado en supuestos en los que la incidencia de estas materias horizontales se han producido casos de inconstitucionalidad sobrevenida, derivados de una reforma constitucional y que han dado lugar a una atribución competencial a favor del Estado por ese motivo⁴¹ (SSTC 157/2011, 196/2011, 198/2011).

Un caso distinto es el de las *competencias ‘en concurrencia’, ‘en colaboración’*, por ejemplo, cultura⁴² (SSTC 49/1984, 157/1985, 106/1987, 153/1989, 109/1996, 89/2012: “una concurrencia no excluyente de competencias estatales y autonómicas en materia de cultura”), fomento de la investigación (STC 90/1992: al Estado le corresponde no solo una labor de coordinación sino que asume potestades tanto normativas como ejecutivas, así mismo declara el carácter horizontal de la competencia) o turismo (SSTC 242/1999, 200/2009). En estos supuestos tienen competencias tanto el Estado como las CCAA, de tal forma que unos y otros ejercerán competencias y, en su caso, deberán coordinarse o cooperar en el desarrollo de sus funciones.

4.2. Criterios de delimitación de las materias en supuestos de yuxtaposición de competencias

El Tribunal Constitucional recurre a diferentes criterios a la hora de llevar a cabo la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades

⁴¹ La reforma aprobada el 7 de septiembre de 2011 (BoE de 27 de septiembre de 2011) modificó el art. 135 de la Constitución para introducir la exigencia de la Unión Europea sobre la estabilidad presupuestaria.

⁴² Hay que recordar que el art. 149.2 CE, el cual expresamente prescribe que “Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio a la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas”.

Autónomas. Para desarrollar este punto seguiremos a Fernández Farreres⁴³ quien los ha sistematizado de la siguiente forma:

- a. Criterio objetivo del contenido inherente de cada competencia y del objetivo prioritario (SSTC 49/1984, 153/1985, 82/2012).
- b. Criterio de la preferencia del título competencial especial sobre el general (SSTC 71/1982, 87/1985, 87/1989, 5/2012), aunque no pueda conferírsele un valor absoluto (SSTC 213/1988, 120/2012).
- c. Criterio de la naturaleza normativa o ejecutiva de la potestad ejercitada (STC 13/1992).
- d. Interpretación de las materias referidas a las expresiones legislación civil, mercantil, laboral o procesal (STC 35/1982, 170/1989, 121/1992, 47/2004, etc.). En estos casos se tiende a una interpretación que, respetando la competencia estatal en la materia, impida una interpretación extensiva, en la que tiende a señalar los límites de las Comunidades Autónomas, como sucede, por ejemplo, en la STC 21/2012, al indicar que, al amparo de la competencia para regular las necesarias especialidades que en el orden procesal se deriven de las peculiaridades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas (art. 149.1.6ª), no se justifican las innovaciones procesales.
- e. Interpretación restrictiva de las denominadas materias horizontales para no desvirtuar la distribución de competencias.

El Tribunal Constitucional despejará las dudas competenciales planteadas utilizando uno o varios conjuntamente de los criterios mencionados, en general, partiendo de la presunción de que la competencia estatal encarna el interés general, pero con la exigencia de analizar en cada caso si efectivamente concurre esa circunstancia.

⁴³ Fernández Farreres, Germán: *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*. Iustel, Madrid, 2005, pp.166-198. Todo el libro es una referencia en la materia. Estos criterios suponen meras indicaciones de los argumentos empleados con frecuencia por el Tribunal Constitucional, sin embargo, el autor pone de relieve la imposibilidad de conceptualizar definitivamente los criterios para resolver los conflictos.

4.3. España y la Unión Europea

El Tribunal Constitucional también ha protegido el reparto competencial en relación con la incidencia de la adhesión de España a las (entonces) Comunidades Europeas (ahora Unión Europea), afirmando que dicho reparto competencial no se vería afectado por esa incorporación, correspondiendo, pues, la ejecución del Derecho comunitario a quien materialmente posea la competencia;⁴⁴ en palabras del propio Tribunal:

No existe un título competencial específico en favor del Estado para la ejecución del Derecho comunitario, por lo cual la circunstancia de que el ejercicio de una determinada competencia suponga desarrollo normativo o ejecución de normas comunitarias no prejuzga si corresponde ejercerla al Estado o a las Comunidades Autónomas, cuestión que habrá de ser resuelta con arreglo a las reglas internas, constitucionales y estatutarias, de distribución de competencias en la materia que resulte afectada (SSTC 147/1998 o 143/2012).

También en este punto el Tribunal Constitucional ha destacado cómo, con respecto al reparto competencial establecido, corresponde al Estado establecer los sistemas de coordinación y cooperación que permitan evitar las irregularidades o las carencias en el cumplimiento de la normativa comunitaria (STC 148/1998), lo cual le lleva a admitir la posibilidad de que el Estado desplace o sustituya la competencia autonómica siempre que no lo haga anticipadamente y solo como medio para no incurrir en incumplimiento ante la Unión Europea (STC 45/2001), pues es preciso tener presente que el incumplimiento, en todo caso, se imputará al Estado sin tomar en consideración cuál haya sido la instancia incumplidora. El Tribunal Constitucional, no obstante, excluye la posibilidad de intervención en supuestos en los que el Estado no tenga competencia alguna sobre la materia, aunque podrá repercutir *ad intra* sobre las Administraciones públicas autonómicas competentes, la responsabilidad que en cada caso proceda (STC 198/2011).

Sobre el incumplimiento, cuyo control último corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hay que tener presente que puede abarcar

⁴⁴ España, Tribunal Constitucional, Sentencias 252/1988, 64/1991, 76/1991, 115/1991, 236/1991, 79/1992, 148/1998, 45/2001.

cualquier infracción del Derecho europeo, cualquiera que sea su naturaleza y poder público del que provenga (esto es, el incumplimiento puede provenir de cualquier órgano u organismo público de carácter estatal, autonómico o local), lo cual tiene importantes implicaciones en nuestro sistema,⁴⁵ pues el responsable será siempre el Estado con independencia de quién provenga la vulneración, aparejada a su carácter objetivo.

5. El principio de supletoriedad del Derecho estatal

El último inciso del artículo 149.3 prescribe que “el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”. La cláusula se entendía acorde con el hecho de que no todas las Comunidades Autónomas tenían que (inicialmente tampoco podían) asumir las mismas competencias y, además —aun en el caso de que todas asumieran determinadas competencias— no todas lo harían por igual ni con el mismo alcance, de tal forma que el legislador estatal podría desarrollar cualquier materia sobre la que tuviera un título. Esta idea expresada por la doctrina⁴⁶ es adoptada igualmente por el Tribunal Constitucional durante largo tiempo, potenciando la idea de que la supletoriedad estaba llamada a colmar vacíos y a permitir el perfeccionamiento, la integridad del ordenamiento, conforme al sentido que ya expresara en la STC 5/1981.

Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional ha cambiado sustancialmente desde las primeras sentencias en las que se abordaba (SSTC 69/1982, 76/1983), cuando se manifestaba a favor de que el Estado legislara sin necesidad de título específico para ello, si bien posteriormente precisó que la cláusula de supletoriedad no constituye una norma competencial (STC 103/1989). El primer cambio doctrinal se advierte en la STC 147/1991 en la que se establece que no pueden dictarse normas solo supletorias, pero el cambio radical se produciría con ocasión de las SSTC 118/1996, 61/1997, reiterándose después en la STC 109/2004.

⁴⁵ Una tipología de los incumplimientos la encontramos en el Informe de la Comisión de Estudios del Consejo de Estado, emitido el 15 de diciembre de 2010 (nº E 2/2009), pp. 24-25. En el mismo informe se da cuenta de declaración de incumplimientos en el caso español, pp. 49 y ss. www.consejo-estado.es

⁴⁶ Uno de los primeros estudios sobre la materia, Otto, Ignacio de: “La prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho regional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, (2).

En efecto, la interpretación del Tribunal Constitucional va a introducir una nueva comprensión de la cláusula de supletoriedad. La ruptura se produce, primero, con la Sentencia 118/1996, que resolvía un recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley 16/1987, de ordenación de los transportes terrestres, y, después —de manera aún más radical—, con la STC 61/1997, en recurso frente al Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y la ordenación urbana. En ellas rompe el Tribunal con la interpretación previa y pasa a considerar que el legislador estatal solo puede legislar en aquellos casos en los que posea un título competencial propio, sin que pueda hacerlo simplemente con carácter supletorio en aquellos supuestos en los que todas las Comunidades Autónomas han asumido la correspondiente competencia, con independencia de que la hayan desarrollado o no. En la primera de las sentencias citadas indicaba que “El Estado no puede dictar normas con eficacia meramente supletoria, en materias sobre las cuales carece de todo título competencial; el legislador estatal no puede apoyarse en la regla de la supletoriedad para dictar tales normas, por no constituir una cláusula universal de atribución de competencias” (FJ 6). No obstante, en esta última analizó cada disposición para determinar si existía o no título competencial por parte del Estado. En la STC 61/1997 el Tribunal Constitucional fue más allá y declaró la inconstitucionalidad de todas las disposiciones calificadas como supletorias por el legislador estatal, sin analizar el alcance de los preceptos concretos afectados, a la vez que anuló la disposición derogatoria, lo que significaba no solo devolver la vigencia a la normativa anterior, sino hurtar al legislador estatal la capacidad de decisión sobre la derogación de sus propias normas, provocando además inseguridad jurídica al volver a declarar la vigencia de un conjunto de leyes dispersas, algunas de ellas preconstitucionales.

Las consecuencias prácticas se traducen no solo en que se niega que el Estado pueda legislar con carácter supletorio, sino en que, en el caso de que alguna o algunas comunidades no hubieran desarrollado sus competencias (como sucedía en las materias objeto de las sentencias mencionadas), solo podrían recurrir a la normativa estatal previamente existente —en algunos casos preconstitucional—, la cual, como puede comprenderse, difícilmente servirá para cubrir el vacío normativo o las lagunas existentes en el Derecho autonómico. Es verdad que la imposibilidad que se imponía al Estado de crear normas con carácter supletorio impelía a las Comunidades Autónomas a legislar sobre las competencias asumidas y, de esta forma, impulsaba el

Derecho autonómico, pero esto no resuelve el problema de cómo cubrir los vacíos involuntarios dejados por el legislador autonómico y dificulta el perfeccionamiento del ordenamiento estatal. A ello se añade el hecho de que junto a las diecisiete Comunidades Autónomas con competencias legislativas, plenas o compartidas según las materias, existen dos ciudades autónomas, Ceuta y Melilla, que no poseen competencias legislativas y que, por tanto, están sometidas a la legislación estatal y, de acuerdo con la doctrina constitucional derivada de las SSTC 118/1996 y 61/1997, el legislador estatal se ve privado de la facultad de dictar una nueva legislación.

Con esa interpretación, pues —más allá de los problemas a corto plazo— se ofrece una interpretación de la cláusula de supletoriedad que parece ceñirla a una disposición de carácter transitorio,⁴⁷ cuando una extensa corriente de opinión doctrinal⁴⁸ se muestra contraria a semejante interpretación y la dota de un carácter permanente que actúa como regla de aplicación del Derecho,⁴⁹ sin perjuicio de que dicha regla tenga un carácter meramente marginal en aquellos supuestos en los que todas las Comunidades Autónomas hayan asumido las competencias estatutaria o legalmente atribuidas.

En la Sentencia 139/2011, de 14 de septiembre, se remite a la STC 147/1991, reproduciendo su fundamento jurídico 7, con lo que parece querer matizar su doctrina posterior⁵⁰ al admitir la posibilidad de que el Estado dicte disposiciones que puedan, en su caso, servir como Derecho supletorio

⁴⁷ A favor de esta interpretación se pronunció Lasagabaster, Iñaki: *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto del Derecho Autonómico*, Civitas, Madrid, 1991.

⁴⁸ Entre otros, Requejo, Juan Luis: “El Estado Autonómico: ¿Un modelo transitorio?”, en *Cuadernos de Derecho Público*, 1997, (1); Biglino, Paloma: “La cláusula de supletoriedad: una cuestión en perspectiva”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1997, (50); Gómez Ferrer, R., “La cláusula de supletoriedad”, en *Informe Comunidades Autónomas 1997*, Instituto de Derecho público, Barcelona, 1998, pp. 607 y ss.; Tajadura, Javier: “La redefinición del modelo autonómico a partir de la STC 61/1997 y el nuevo concepto de supletoriedad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2006, (78).

⁴⁹ Conviene señalar que la STC 61/1997 contó con un voto particular formulado por el magistrado Manuel Jiménez de Parga que disenta de la opinión mayoritaria, en el que defendía que la supletoriedad es “la consecuencia derivada del ejercicio por parte del Estado de sus potestades para la inserción de sus preceptos en el seno de un ordenamiento que despliega respecto del autonómico una función de suplencia a la que se refiere el art 149.3 de la Constitución, en atención a que se trata del Ordenamiento del Estado, o sea de España”.

⁵⁰ Aunque expresamente menciona las SSTC 118/1996 y 61/1997 como continuación de esa doctrina, como hemos puesto de relieve, se mostraba mucho más tajante en la posibilidad de que el Estado dictara normas que pudieran ser utilizadas como Derecho supletorio.

cuando disponga de título en la materia, aunque siga negando al legislador estatal dictar normas con ese exclusivo propósito.

6. La reforma de los Estatutos de Autonomía y problemas suscitados

Posiblemente las últimas modificaciones en el ámbito autonómico con incidencia constitucional han venido dadas por las reformas que en los últimos años se han producido en los Estatutos de Autonomía, en teoría para ponerlos al día en relación con las competencias efectivamente asumidas y para recoger los cambios institucionales y orgánicos producidos.⁵¹ Sin embargo, su reforma ha provocado en algunos casos⁵² una profunda divergencia entre las principales fuerzas políticas y además se han introducido novedades, si no contrarias, al menos no contempladas en la Constitución.

Un cambio ha sido la forma de recoger las competencias, al tratar de establecer una mayor y mejor delimitación para las competencias estatales, buscando un exhaustivo y preciso perfil de las distintas submaterias competenciales.⁵³

Otra novedad ha consistido en introducir una lista de derechos, cuestión que provocó una gran polémica, por entender algunos autores que, primero, los derechos no se encuentran entre las materias estatutarias, al entender que las materias a las que se refiere la Constitución con respecto a los Estatutos constituyen las únicas materias posibles, y segundo, que los derechos han de ser iguales para todos los españoles. Frente a esos argumentos, los favorables al reconocimiento de derechos por los Estatutos consideraban que, al no tratarse de derechos fundamentales, estos son disponibles para el legislador estatutario y, en segundo lugar, que la referencia constitucional no supone unas materias tasadas para los Estatutos, sino las materias mínimas, que podrán después verse ampliadas, siempre que no afecten a materias estatales.⁵⁴

⁵¹ Los Estatutos de Autonomía originariamente recogían las instituciones mencionadas en la Constitución, a saber Asamblea Legislativa y Consejo de Gobierno. Poco a poco, mediante leyes autonómicas se fueron creando otros órganos, como consejos consultivos o defensores del pueblo.

⁵² En particular con la reforma del Estatuto de Cataluña que después ha servido de modelo al resto.

⁵³ Término empleado por Carles Viver, por ejemplo, en Viver, Balaguer y Tajadura, *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, CEPC, Madrid, 2005.

⁵⁴ Entre los autores contrarios a un catálogo de derechos en los Estatutos de Autonomía —aunque con diferentes argumentos: Díez-Picazo, Luis María: “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar

La STC 247/2007 sobre el Estatuto valenciano pareció abrir la vía a que los Estatutos se refieran a derechos y deberes constitucionales.

Cabe afirmar que las reformas estatutarias se han utilizado como forma de remodelar el Estado de las Autonomías sin modificar (formalmente) la Constitución.

La primera de las sentencias sobre la reforma del Estatuto de Cataluña, la STC 31/2010,⁵⁵ ha sido sin duda una de las más controvertidas y comentadas en la historia del TC, en parte, por los sucesos producidos al hilo de su resolución.⁵⁶ En esta sentencia, más allá de los aspectos objeto del recurso, se ha debatido la cuestión de la oportunidad de que el TC conozca de leyes que han sido objeto de un referéndum y diversas voces se pronunciaron a favor de reimplantar el recurso previo de inconstitucionalidad para estos supuestos. Parte de las críticas se debieron al largo tiempo en que tardó en dictarse la sentencia (cuatro años).⁵⁷

El asunto resultó también muy controvertido en el seno del propio Tribunal Constitucional, para facilitar el acuerdo final se llevó a cabo una votación por bloques⁵⁸ que dio como resultado:

Por una parte, que se declarara la inconstitucionalidad y nulidad de algunos de los preceptos impugnados, entre ellos los que se referían a la creación y funciones del Consejo de Justicia de Cataluña y a alguna de las funciones

derechos, deberes y principios?, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2006, (8), pp. 63-75; Ferreres Comella, Víctor, *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña*, en el libro del mismo título publicado por el CEPF, Madrid, 2006. A favor, entre otros, Caamaño, Francisco: "Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, (79), pp. 33-46; Ortega Álvarez, Luis, *Los derechos de los ciudadanos en los nuevos Estatutos de Autonomía, Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2007, pp. 55-81.

⁵⁵ Hay otras sentencias que se pronunciado sobre el mismo sobre la base de otros recursos planteados (SSTC 46 a 49/2010, 138/2010, todas ellas en recursos formulados por otras comunidades autónomas o 136/2010, en recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo), pero la STC 31/2010 no solo es la primera sino la que se pronuncia sobre mayor número de impugnaciones de acuerdo con la formulación del recurso efectuada por 99 Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso.

⁵⁶ En particular, cabe destacar que se solicitaron distintas recusaciones, la mayoría de las cuales fueron inadmitidas (Autos 454/2006, 394/2006, etc.), aunque sí se aceptó en un caso (Auto 26/2007). Otros aspectos se vinculan a la utilización política del recurso.

⁵⁷ Aun cuando las dilaciones son habituales en el TC, como ya antes apuntamos.

⁵⁸ El recurso a esta fórmula no impidió que se formularan cinco votos particulares, cuatro de ellos aunque con diferentes argumentos, por encontrar insuficiente la declaración de inconstitucionalidad efectuada.

atribuidas al Tribunal Superior de Justicia, así como a su presidente, al interpretar que, en su caso, la regulación de esos aspectos corresponderá al legislador orgánico —no estatutario— (FFJJ 27 y 42 y ss.), o de las funciones atribuidas al Consejo de Garantías estatutarias en torno al control que se le atribuía sobre las leyes que desarrollaran derechos estatutarios (FJ 32). Con respecto a la definición de distribución competencial que prescribía el Estatuto, el Tribunal Constitucional parte de que “[u]n límite cualitativo de primer orden al contenido posible de un Estatuto de Autonomía es el que excluye como cometido de ese tipo de norma la definición de categorías constitucionales” (FJ 57), a la vez que afirma que el Estatuto no se atiene al concepto constitucional de bases estatales (FJ 60).

Por otra parte, prescribe la interpretación de muy numerosos de los preceptos, de manera que, a través de esta fórmula, se logra mantener buena parte del texto impugnado sin declarar su inconstitucionalidad, aunque no se evitan las dudas al respecto. Entre las cuestiones más significativas afectadas por este tipo de decisión encontramos la determinación del significado del término “nación” y “realidad nacional” (FJ 10),⁵⁹ el alcance de la declaración del catalán como lengua oficial y el deber de conocer esta lengua y su utilización en diversos ámbitos (FFJJ 14, 21, 22 y 24), las competencias del Tribunal Superior de Justicia (FJ 44), significado de las definiciones competenciales (FFJJ 59 y sigs.), el alcance de las denominadas consultas populares (frente a la convocatoria de referendos de competencia estatal) (FJ 69), o la participación de Cataluña en las instituciones o los procedimientos de decisión del Estado (FFJJ 111, 113, 115).

Por último, los fundamentos jurídicos han servido además para precisar otros aspectos, como, por ejemplo, la admisibilidad de las declaraciones de derechos en los Estatutos, matizando que no tendrán el carácter de fundamentales y su vinculación al ámbito competencial propio y al legislador autonómico (FJ 16).

La Sentencia, como es fácil de imaginar, ha dado lugar a muchos comentarios políticos, periodísticos y académicos con opiniones de lo más dispar,

⁵⁹ A lo que se suma el contenido del fallo conforme al cual “Carecen de eficacia jurídica interpretativa las referencias del Preámbulo del Estatuto de Cataluña a ‘Cataluña como nación’ y a ‘la realidad nacional de Cataluña’”.

con carácter general o particular y con mayor o menos fundamento jurídico.⁶⁰ En cualquier caso, lo cierto es que marca los límites que no puede traspasar el legislador estatutario mientras la Constitución no sea reformada.

La Sentencia plantea otros problemas añadidos, como el de la incidencia en otras fuentes normativas que no han sido impugnadas.⁶¹ En concreto se plantean dos tipos de supuestos, uno, el de disposiciones que han sido aprobadas a la luz de las previsiones estatutarias con anterioridad a dictarse la sentencia. En este caso, en los supuestos en los que se ha producido un recurso ante el TC,⁶² las posteriores sentencias se entiende que se atenderán a lo previamente sentado en la STC 31/2010, sin perjuicio de que ofrezca una interpretación complementaria a la allí ofrecida. En los casos en los que no se hubiera producido tal recurso —o habiéndose presentado hasta su resolución—, hay que esperar que las instituciones se atengan a lo interpretado por el Tribunal Constitucional, absteniéndose de aplicar los preceptos que por conexión hayan de entenderse inconstitucionales y ofreciendo, en otros casos, una interpretación conforme a la efectuada por el supremo intérprete constitucional.⁶³

Otra cuestión distinta se plantea con respecto a otros Estatutos de Autonomía con un contenido similar al de Cataluña, pero que, sin embargo, no fueron recurridos. En estos supuestos igualmente habrá que entender que las instituciones de la Autonomía correspondiente deberán inaplicar los preceptos declarados inconstitucionales e interpretar otros conforme a la STC 31/2010. Al margen de ello, dado que por los plazos no cabe ya la vía del recurso de inconstitucionalidad, la forma de lograr un pronunciamiento de inconstitucionalidad será a través de posibles actos de aplicación por vía de la cuestión de inconstitucionalidad.

⁶⁰ En la bibliografía final se hace referencia a obras con comentarios sobre esta sentencia. A modo de ejemplo, quien quiera encontrar dos artículos de signo contrario puede leer Muñoz Machado, Santiago, “El dogma de la Constitución inacabada”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2010, (90), pp. 245-266- y Viver Pi-Sunyer, Carles: “El Tribunal Constitucional ¿siempre solo... e indiscutible? La función constitucional de los Estatutos en el ámbito de distribución de competencias según la STC 31/2010”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, (91), pp. 319-351.

⁶¹ Sobre esta cuestión, véase Gavara de Cara, Juan Carlos, “Los efectos de la STC 31/2012 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: las implicaciones para su normativa de desarrollo y los Estatutos de otras Comunidades Autónomas”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 1º semestre 2011, (27), pp. 239-290.

⁶² Tal es el caso, por ejemplo, de Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum.

⁶³ En este sentido, la Ley 30/2010, de 3 de agosto, de veguerías, ha sido parcialmente modificada por la Ley 4/2011, de 8 de junio.

7. Conclusión

El Tribunal Constitucional ha desempeñado un papel primordial en el desarrollo del Estado Autonómico desde sus inicios hasta la actualidad. Este órgano ha interpretado la Constitución y ha marcado los límites de los distintos entes territoriales. No exageramos si decimos que el denominado Estado de las Autonomías es el resultado de la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional.

Bibliografía

La bibliografía sobre esta materia es copiosa, por ello hemos efectuado una selección. En cualquiera de esos trabajos pueden encontrarse otras referencias bibliográficas.

Aguado Renedo, César: “El Tribunal Constitucional como garante del pluralismo territorial español”, en Biglino Campos, Paloma y Mapelli Marchena, Clara (dirs.): *Garantías del pluralismo territorial*, CEPC, Madrid, 2011.

Aragón Reyes, Manuel (dir.) y Aguado Renedo, César (codir.): *Organización general y territorial del Estado. Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo II, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011.

Díez-Picazo, Luis M^a y Elvira Perales, Ascensión, *La Constitución española de 1978*, Iustel, Madrid, 2008.

Elvira, Ascensión: “Spain”, en Oliver, Dawn y Fusaro, Carlo (dirs.): *How Constitutions Change*, Hart, Oxford y Oregón, 2011.

Fernández Farreres, Germán: *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*. Iustel, Madrid, 2005.

Requejo Pagés, Juan Luis (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, BOE, Madrid, 2001.

El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 2010, (15), monográfico.

Revista Catalana de Dret Public, 2010, número especial.

Revista Española de Derecho Constitucional, 2006, (78).

Revista General de Derecho Constitucional, “El Estatuto de Autonomía de Cataluña después de la Sentencia 31/2010”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 2011, (13), extraordinario: (dirigido por los profs. J.J. Solozábal y C. Aguado).

“La STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2011, (27), monográfico.

Acerca del fracaso del modelo territorial español

Antonio-Carlos Pereira Menaut*

Fernando Martínez Arribas**

Sumario

1. Introducción. — 2. Es discutible que se pueda hablar de fracaso. — 3. Percepción del fracaso de las Comunidades Autónomas. 3.1. Los ‘demonios familiares’ anti-liberales españoles. 3.2. La nueva centralización silenciosa. — 4. Los diferentes modelos territoriales y los caracteres básicos del modelo español. 4.1. Los principales modelos territoriales. 4.1.1. El Estado unitario. 4.1.2. El Estado federal. 4.1.3. El Estado de las autonomías español. 4.2. El Título VIII de la Constitución Española y el Estado de las Autonomías. 4.3. Rasgos del modelo territorial español. 4.3.1. Rasgos historicistas 4.3.2. Rasgos federalizantes. 4.3.3. Rasgos de un Estado unitario con autonomía política. 4.3.4. Rasgos de un Estado unitario con descentralización administrativa. — 5. Los fallos del sistema. 5.1. Los (poco eficientes) guardianes del modelo territorial español: el Senado y el Tribunal Constitucional. 5.2. La dinámica política y, en particular, la partitocracia. 5.3. La insuficiente participación del gobierno de las regiones en el gobierno y legislación centrales. 5.4. El nuevo tablero de juego no fue tenido en cuenta. 5.5. Valoración general del modelo territorial del Título VIII. — 6. ¿Cuál es el mejor modelo territorial? 6.1. ¿Federalismo, centralismo o autonomía regional? 6.2. Superioridad, en principio, de los modelos claros. 6.3. ¿Simetría o asimetría? — 7. A modo de conclusión. — Bibliografía.

* Doctor en Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela; Jean Monnet Chairholder of European Union Constitutional Law, Universidad de Santiago de Compostela, Galicia. Profesor de varias universidades en Europa y América Latina.

** Profesor de Ciencia Política y de la Administración, Universidad de Vigo, Profesor-Tutor de Derecho Constitucional, Centro Asociado de Lugo de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

1. Introducción

En el momento de escribir estas líneas el modelo territorial autonómico español parece estar más en cuestión que nunca. Por un lado, el actual gobierno del Partido Popular (PP), respaldado por su mayoría absoluta parlamentaria, rechaza toda reforma del modelo territorial. Por otro lado, la fortaleza de las posiciones independentistas en Euskadi o Cataluña es cada vez mayor, de forma que las inminentes convocatorias electorales en ambas comunidades autónomas podrían servir a los partidos nacionalistas de estos territorios como ‘banco de pruebas’ a partir del cual poder dar ulteriores pasos.

En este sentido, los últimos acontecimientos confirman un incremento de la incompreensión entre el poder central y algunas comunidades autónomas, en especial, Cataluña: el Parlamento catalán aprobó el 27 de septiembre de 2012 una resolución instando la celebración de un referéndum de autodeterminación preferentemente en la siguiente legislatura (en el horizonte temporal de los próximos cuatro años), y la vicepresidenta del gobierno central rechazaba de plano esta posibilidad apuntando que se articularían todos los mecanismos jurídicos e institucionales del Estado para impedirlo.

Desde nuestro punto de vista, el modelo autonómico español necesita una actualización después de treinta años de funcionamiento. Y esto probablemente pasaría por que se produjera una evolución hacia un modelo federal. Por ello, este trabajo se centra más en el estudio de la situación actual, los principales fallos que percibimos en la articulación del sistema o las alternativas que se proponen, y menos en la organización institucional de las comunidades autónomas, el reparto de competencias entre estas y el poder central o las relaciones entre las normas estatales y las autonómicas, puesto que en estos aspectos la bibliografía es abundante y de calidad.

2. Es discutible que se pueda hablar de fracaso

La primera cuestión a determinar es si estamos ante un verdadero ‘fracaso’ del modelo territorial español, entendiendo por tal lo que en cualquier diccionario es antónimo de ‘éxito’.

La respuesta más aproximada a la realidad es que no, o no por completo, o no en todas las regiones (lo que, por cierto, nos obliga a admitir que el título de este trabajo puede inducir a confusión). La que probablemente ha sido la época de mayor prosperidad en la historia española (que los pies del gigante fueran parcialmente de barro, como ahora con amargura comprobamos, no

cambia las cosas) se alcanzó con un sistema de autonomías regionales o de ‘comunidades autónomas’, para usar la expresión más corriente en España. Durante los siglos XIX y parte del XX la unitaria y centralizada España fue misérrima (para los *standards* europeos) y estuvo marginada por sus vecinos.

Si los actuales problemas económicos de España fueran culpa de las autonomías, como últimamente se difunde desde algunos altavoces políticos y mediáticos, principalmente, pero no solo, madrileños, bastaría suprimirlas para salir de la crisis. Pero la realidad es que son las regiones con más autogobierno tributario y económico, Navarra y País Vasco, las menos afectadas por la crisis. Y la realidad es que, de los países europeos más afectados por la crisis, que forman el grupo de los llamados ‘PIGS’,¹ ninguno es federal, y tres de ellos son estados unitarios centralizados, mientras que España es un estado unitario con comunidades autónomas regionales, e Italia candidato a que los ‘PIGS’ se conviertan en ‘PIIGS’,² es lo mismo. Si la autonomía territorial fuera económicamente tan negativa, Estados Unidos, Canadá o Alemania serían pobres, mientras que Portugal³ o Grecia serían ricos o al menos no tan pobres. Aún más: se acusa al modelo autonómico de producir excesivos funcionarios públicos, y no sin parte de razón; pero no se puede olvidar que Portugal o Francia, unitarios, tienen también muchos funcionarios públicos por la sencilla razón de que el Estado lleva a cabo muchas tareas y tiene mucha presencia en la vida social. No entramos ahora en que tener o no tener muchos funcionarios públicos (y asumir las consecuencias económicas de ello) debe ser una decisión libre de cada comunidad política, por pequeña que sea, hasta la última municipalidad.

¹ Denominación despectiva que se ha generalizado en su acepción inglesa para referirse a los países de la Unión Europea que tienen en estos momentos mayores problemas económicos y financieros: Portugal, Irlanda, Grecia y España.

² A los países anteriores se añadiría Italia.

³ Portugal, uno de los primeros y más indiscutidos Estados nacionales, es y ha sido siempre un Estado unitario, pequeño, bastante monocefálico, monocultural y monolingüístico y carente de minorías étnicas en su interior; todo lo cual parecería hacerlo candidato en principio a una forma de Estado unitaria. Con todo, desde 1976, con la actual *Carta Magna* lusa, los archipiélagos atlánticos de Azores y Madeira disfrutan de autonomía político-administrativa, que con el tiempo y las sucesivas reformas constitucionales ha ido consolidándose y aumentando. Como entre los dos apenas superan el medio millón de habitantes y están muy alejados del Portugal continental, ocupando una parte mínima del total del territorio nacional, no nos impiden seguir considerando a Portugal como unitario y centralizado.

Es innegable que el sistema territorial español tiene fallos —¿cuál no los tiene?— y que algunas regiones (no todas) han despilfarrado recursos, por todo lo cual sin duda necesita una reforma, pero ello no es necesariamente un fracaso auténtico. No todo final o caída es un fracaso, como no lo fueron el Imperio Romano ni el Británico, aunque ninguno de ellos sobreviva hoy. ‘Fracasa’ una comunidad política que está patológicamente lejos de cumplir sus funciones, como le sucede a los *failed states* o ‘estados fallidos’. Y España, hoy, pareciera orientarse en esa dirección, no solo por sus conocidos problemas económicos, sino por no cumplir algunas de las obligaciones mínimas inherentes al concepto ‘Estado’: se ha demostrado incapaz de proteger a los españoles frente a los mercados internacionales o frente a la Troika;⁴ tendría dificultades para garantizar su integridad territorial en caso de conflicto con Estados vecinos (véase Marruecos); y algo similar podría decirse de la falta de seguridad de los pescadores españoles en el Índico, asaltados por piratas con puerto en Estados fallidos. Tampoco tiene el control de todas las competencias que conforme al texto constitucional le corresponden (como la política monetaria) y en agosto de 2011 se vio obligada a reformar la Constitución a toda prisa durante el mes de agosto, prácticamente inhábil en España a todos los efectos, perdiendo gran parte del control sobre su propia política presupuestaria. Está, así, cada año más lejos de cumplir las tradicionales funciones que se supone justifican un Estado, lo que contrasta con las crecientes pretensiones de incrementar su control *ad intra*, ya sea a través de la financiación o de los contenidos educativos, en los que recientemente se ha restringido el margen dispositivo de las Comunidades Autónomas.

Las Comunidades Autónomas, curiosamente, están relativamente cerca de hacer lo que deben: gestionar sanidad y educación (en lo que emplean en torno a las tres cuartas partes de sus funcionarios y recursos), ejecutar algunas prestaciones sociales y algunas obras públicas —no todas, pues puertos, aeropuertos, ferrocarriles, autopistas y carreteras importantes son competencia exclusiva del Estado—. En un juicio de conjunto, como necesariamente tienen que ser los de esta clase, las regiones españolas no lo han hecho demasiado mal, y en algunos casos lo han hecho bien, y así lo veía la mayoría hasta hace solamente unos cinco años. Supongamos que el Estado español sigue en su

⁴ Expresión coloquial que designa la especie de gobierno europeo *de facto* formado por la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional.

línea actual de pérdida de soberanía, capitidismínución e incapacidad de incumplir sus funciones, y que, además, un seísmo lo hace desaparecer. En ese caso, la Unión Europea, y algunas de las Comunidades Autónomas españolas (al menos, pero no solo, Navarra, País Vasco y, por otras razones, las Islas Baleares) superarían el trauma sin excesiva dificultad, ya que la mayoría de las funciones públicas quedarían cubiertas bien por la Unión Europea (moneda y muchas otras, en número creciente, sobre todo en los países ‘rescatados’), o por las propias Comunidades Autónomas.⁵ En cambio, si mañana son suprimidas las Comunidades Autónomas, España no saldrá por ello automáticamente de la crisis, entre otras razones porque el origen de esta no estuvo en el sector público sino en la banca privada y la burbuja inmobiliaria.

Con todo y aunque el modelo autonómico no sea por ahora un fracaso, está muy lejos de ser perfecto. Ninguno lo es, así que hasta ahí no hay mucha novedad, pero en este caso pueden sin dificultad verse varios defectos graves, que en algunos casos están en los genes del sistema. Por tanto, y aunque este modelo territorial haya prestado hasta ahora apreciables servicios, su inestabilidad, indefinición y carencia de ‘cierre’ final aconsejan reformarlo (lo que no sería muy difícil si hubiera voluntad política), suprimirlo o sustituirlo por otro.

En este punto procede recordar que el problema territorial español, aunque viejo y en apariencia intratable, en realidad y considerado objetivamente no es tan difícil de arreglar. Es verdad que la situación española presenta la singularidad de que dos relevantes regiones (Euskadi y Cataluña) tienen ahora ‘sociológicamente’ una mayoría nacionalista que en el momento de escribir este manuscrito (septiembre de 2012) está evolucionando hacia posiciones más cercanas al independentismo, como se pudo ver en la reciente *Diada* del 11 de septiembre.⁶ No obstante, consideradas las cosas fríamente, era mucho más difícil —y sangriento— el problema del Ulster. Los estados federados americanos o las provincias canadienses (y, aunque no *in toto*, los *Länder* alemanes) ya disfrutaban de gran parte de lo que las demandas periféricas españolas

⁵ Habría que tener en cuenta que alguna función, como la de defensa exterior, no sería atendida por la Unión Europea (de momento) ni por las Comunidades Autónomas, sino principalmente a través de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y, por ende, los Estados Unidos. Materias estas que, aunque el Estado continúe, como es lo más probable, en la práctica ya le desbordan ahora.

⁶ Día de Cataluña que conmemora la entrada de las tropas borbónicas en Barcelona el 11 de septiembre de 1714, lo que conllevó la supresión de sus instituciones de autogobierno. La *Diada* de 2012 se convirtió en una multitudinaria manifestación específicamente independentista.

piden al gobierno central. Cualquier observador imparcial puede ver cómo gestionan los ingleses el mencionado problema del Ulster⁷ o el de Escocia; o la flexibilidad con que han ido reajustando las cambiantes relaciones con sus antiguas colonias (excepto la independencia de los Estados Unidos). Desde el momento en que casi nadie en las regiones españolas aspira a erigir aduanas con el resto de España, ni a limitar la libre circulación y establecimiento de las personas (entre otras cosas, por impedirlo la Unión Europea, de la que nadie desea salir), el problema no puede ser irresoluble y cabe conjeturar que si se dejara en manos de británicos o norteamericanos lo resolverían en no mucho tiempo.

Además, desde el punto de vista de los problemas territoriales la Unión Europea es un bálsamo, pues impone a todos sus miembros un grado de integración y un desarme de aduanas y, en general, de todos los obstáculos a la circulación de personas, bienes y capitales, que en el improbable caso de una verdadera secesión de una región española, ahorraría los aspectos más negativos tradicionalmente asociados a la misma. De manera paralela, la propia crisis económica ha impulsado una integración mayor de las políticas presupuestarias o de control del déficit y de la deuda pública, de forma que el margen de autonomía de los Estados miembros de la Unión (o de aquéllos que lo sean en un futuro) es cada vez más limitado.

3. Percepción del fracaso de las comunidades autónomas

Antes de comenzar este epígrafe resulta oportuno traer a colación las proféticas intuiciones de Tocqueville, al referirse a la especie de tiranía que ha de temerse en las democracias,⁸ de Max Weber, cuando hablaba de los “especialistas sin espíritu, gozadores sin corazón” que habitarán la última fase de la

⁷ La actitud inglesa hacia el Ulster ha variado. Hace décadas el ejército británico patrullaba las ciudades y la violencia era frecuente. Aparte de las peculiaridades que complicaron el caso (intolerancia de los Unionistas y del Sinn Féin durante décadas, discriminación económica contra los católicos, etc.), en situaciones como esa no ha sido raro históricamente que los británicos comenzaran reprimiendo duramente (represión del levantamiento de Pascua en Dublín, matanza de Amritsar en India) para después pasar a reconocer francamente el autogobierno e incluso la independencia.

⁸ *Vid.* Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*. Tras reflexionar sobre lo que ve en los Estados Unidos de aquella época (1835-1840), el brillante observador francés profetiza acerca del hombre del futuro: “Veo una muchedumbre innumerable de hombres parecidos o iguales, los cuales giran sin cesar sobre ellos mismos para procurarse placeres pequeños y vulgares (...) Por encima de esa masa se alza un poder inmenso y tutelar que se encarga en exclusiva de garantizar los goces de

civilización⁹ o, incluso, a los presentimientos sobre la “abolición” del hombre formulados por Lewis.¹⁰

En el momento de escribir estas líneas y en plena crisis algunos autores ven a España inmersa en un fracaso general o sistémico. Sin duda que tal afirmación es exagerada pero es cierto que se han dado, como en una tormenta perfecta, una serie de circunstancias adversas que afectan a muchas de las instituciones del Estado español. La monarquía ha protagonizado actuaciones muy desacertadas recientemente, que han llevado a algunos observadores a considerar que está perdiendo su legitimidad por el mal ejercicio. El poder judicial ha sido también protagonista de desafortunados sucesos que llevaron al presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo a la dimisión. El Tribunal Constitucional, demasiado politizado y en frecuente conflicto con el Supremo, tampoco atraviesa su mejor momento, aunque por causas de menor cuantía que las dos instituciones anteriores. Y por lo que se refiere al resto de las instituciones del Estado, ni el Legislativo ni el Ejecutivo están en lo que Churchill llamaría “sus mejores horas”. Y a todo ello se suma la crisis económica que nos azota desde 2008 con un rigor sin precedentes y que amenaza con producir una serie de cambios en cadena de larga duración y que dejarán a España convertido en otro país, y no mejor que el actual.

Dentro de este general panorama —sea o no realmente un fracaso, sistémico o no—, también en el aspecto territorial se registran serios desarreglos y problemas, exacerbados porque la crisis económica ha convertido algunos de sus defectos, como el despilfarro, que antes se limitaba a aparecer de cuando en cuando en las noticias con ocasión de algún escándalo especial, en un tremendo problema. En este sentido, los medios y los políticos centralistas, que desde hace unos años cabalgan de nuevo, han aprovechado inteligentemente la ocasión para desencadenar un ataque en toda regla contra el sistema autonómico. De manera paralela, los nacionalismos periféricos están también

todo y controlar su destino. Es absoluto, detallado, regular, previsor y suave”, *La democracia en América*, Alianza, Madrid, 1980, t. II, pp. 264 y ss.

⁹ Weber, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Península, Barcelona, 1992, p. 260. Weber es más pesimista que profético, Tocqueville, menos pesimista, más descriptivo y más profético; de hecho el lector de 2012 piensa que está escribiendo en nuestros días y para nuestra sociedad.

¹⁰ Lewis, C.S., *La abolición del hombre*, Encuentro, Madrid, 1990.

utilizando la crisis para pedir más autonomía, fundamentalmente en ámbitos ligados a la economía.

En la España de 2012, especialmente en Madrid y su entorno, tanto en los medios de comunicación como en las conversaciones ordinarias, cada vez es mayor la percepción de que nuestro modelo territorial conduce a la ruptura de España, económicamente es insostenible y causa la corrupción, el despilfarro y la durísima crisis económica. Así, una vez caldeados los ánimos, que la crisis se haya originado en la banca privada y la burbuja inmobiliaria y no en la administración pública, es poco relevante. El nuevo nacionalismo español, últimamente apoyado en fundamentos como los éxitos deportivos españoles, está alcanzando máximos históricos: tanto el rechazo a las comunidades autónomas como el llamado ‘españolismo’ han alcanzado niveles no vistos en muchos años, lindando a veces con el bloqueo del pensamiento racional. Incluso ciertos medios de comunicación reputadamente serios hablan sin ambages del inviable ‘monstruo’ autonómico.¹¹ Muchas personas, incluso cultivadas, afirman como lo más natural que España no puede sostener diecisiete parlamentos y otros tantos gobiernos, aunque si esa persona rebuscara entre sus datos de común conocimiento no ignoraría que los Estados Unidos sostienen cincuenta ejecutivos, legislativos y judicaturas, o que Austria, ligeramente inferior en tamaño y población a Andalucía, contiene nueve *Länder* (estados miembros) con sus respectivas constituciones, parlamentos y gobiernos. Lo misterioso es que los norteamericanos (o canadienses o alemanes) no imaginen a los Estados Unidos de otra manera y crean que la diversidad y el pluralismo los hacen fuertes, mientras que muchos españoles en 2012, treinta y cuatro años después de aprobar la Constitución que dejó atrás el centralismo histórico, parecen pensar que sus comunidades

¹¹ Vid. Dossier *El Monstruo Autonómico no aguanta más*, *El Mundo*, 15 de abril de 2012, pp. 2-12. El subtítulo dice: “Los hospitales suman deudas por 15.700 millones, mantener 164 campus vale 1.400 millones y las TV cuestan 84 euros por familia (...)”. En la p. 3 se citan algunos informes de profesores y expertos, ninguno de los cuales es americano, alemán, suizo o canadiense. En este sentido, conviene recordar que muchos economistas arguyen que el federalismo y la descentralización favorecen el crecimiento económico, *vid.* artículo de Valentina Pop, *Centralised states bad for economy, study shows*, en <http://euobserver.com> (18 de mayo de 2009), en el que se recoge la siguiente afirmación del profesor Urs Müller: “*It is not just anecdotal, it is now a scientifically proven fact and we hope that it will give regional politicians more leverage when dealing with national decision-makers*”. De hecho, pese a las dificultades actuales, se puede constatar cómo existe una relación entre el éxito económico español de las últimas décadas y la descentralización efectuada a partir de 1978.

autónomas generan corrupción y despilfarro en un grado mucho mayor que el resto de las administraciones públicas, impiden a España salir de la crisis y la conducen a la ruptura. El elemental principio de no contradicción sugiere que es improbable que dos visiones tan opuestas como la norteamericana y la española sean igual de plausibles.

Tocamos ahora una cuestión que desborda el derecho constitucional: el cambio antropológico y cultural ocurrido en España en los últimos dos decenios, mucho más trascendente que los cambios jurídico-constitucionales. La actitud del actual enfrentamiento territorial español, en sí mismo mucho menos grave que el mencionado del Ulster, se explica por estos cambios en las actitudes personales más que por las dificultades reales de las cosas. Solo esos cambios explican que el esquema territorial español fuera presentado hace, por ejemplo, cinco años casi como un modelo para el mundo, o al menos, pretendidamente, para países como Francia e Italia (que lo fuera o no, es discutible) mientras que ahora es denunciado como origen de casi todos los males de España (lo que tampoco puede ser). El pensamiento racional se resiste a admitir tanto lo primero como lo segundo. Pero es que el pensamiento frío y racional parece haber abandonado España; millones de gentes crédulas y adocenadas, incluyendo licenciados universitarios de quienes se espera que no cierren sus ojos al mundo, abdican de su espíritu crítico. Se ponen así en circulación exageraciones, errores e incluso falsedades que no soportan el contraste con la realidad, como que la vuelta al centralismo sería *ipso facto* mejor para la economía, cuando la historia de la paupérrima España centralista, o del Portugal centralista, está en el común conocimiento, y no puede haber sido olvidada porque hace solo unos pocos decenios ha quedado atrás.¹² Esos errores y falsedades ganan carta de naturaleza con una facilidad como no lo hacían al final del franquismo. El keynesianismo es borrado del mapa como si no cupiera otra política económica que la de Merkel y Schäuble, siendo repetido por los gobiernos españoles (y por no pocos ciudadanos) como un *mantra* a pesar del daño que les hace a ellos mismos.¹³ El sentido común y el espíritu crítico son la primera víctima; la segunda, el diálogo, ahora reducido

¹² Parece como si muchos españoles de menos de 40 o 50 años dejaran de conocer su propia historia, lo que los deja sin defensas frente a manipulaciones de ese género.

¹³ Para hacer justicia hay que recordar que la práctica ilegalización del keynesianismo ha sido llevada a cabo por la Unión Europea, no por España.

al mínimo. Por ello, con algo de exageración pero no sin cierto fundamento, se ha dicho recientemente que quien desee estar informado debe leer prensa anglosajona.

Los españoles de hoy tienen poco que ver con Sebastián de Benalcázar y Cortés. Como siempre, generalizar puede ser arriesgado además de injusto, pero parece que se puede decir que algunos españoles se han vuelto masas con pocas individualidades, demasiado sensibles a lo que dicen los medios (conectados a su vez con el poder político y el económico), dóciles cumplidores de normas y tanto o más rígidos que los alemanes (con matices: según qué españoles y qué alemanes).

En pocos meses o años y sin cambio generacional por medio, la gente pasa de forma dócil de ser mayoritariamente fumadora a criminalizar a los fumadores, o de ser en buen grado flexible a estigmatizar a los funcionarios públicos, o a los profesores de universidad, o a los conductores que exceden el anticuado límite de velocidad.¹⁴ El pensamiento individual va camino de ser especie amenazada y las universidades, ocupadas en convertirse en engranaje del aparato productivo, tienen cada vez más dificultades para fomentarlo.

3.1. Los ‘demonios familiares’ anti-liberales españoles

Es cierto que el contexto general del mundo de hoy favorece que la libertad ceda en muchas ocasiones (quizá demasiadas) frente a la seguridad, eficiencia o competitividad. Ahora bien, dejando esto a un lado, podemos observar cómo algunos aspectos poco liberales¹⁵ de la presente cultura política española son nuevos (tomar la ley en serio, valorar poco la dimensión personal de los asuntos) pero otros no lo son. Nunca murieron —y por tanto ahora se limitan a reverdecer— el gusto por la uniformidad, la rigidez de muchas zonas de España, la tendencia al autoritarismo, y así sucesivamente. España ha tenido muchas cosas excelentes, como su pintura y su literatura, pero nunca ha tendido al liberalismo político y como el federalismo (y sus afines) consiste

¹⁴ No ignoramos que esto que describimos está sucediendo igualmente en otros países europeos, incluyendo la cuna del liberalismo político, el Reino Unido, donde incluso tiene un nombre (*nudging*) que alude a empujar suavemente hacia el cumplimiento de la ley, condicionar nuestra elección, aunque siga siendo formalmente libre, ofreciendo por defecto unas opciones y no otras.

¹⁵ Nos referimos ahora al liberalismo político con exclusión de los demás (económico, filosófico, ético).

precisamente en aplicar el liberalismo a los territorios, la poca salud de las actitudes liberales no puede dejar de repercutir en la valoración social de la autonomía regional.

De esta forma, es prácticamente nula o escasa la vigencia social de otros principios sin los que no puede funcionar bien ninguna solución territorial pluralista, como el de subsidiariedad¹⁶ o el de dejar todo *micromanagement* a los poderes públicos menores y más cercanos a las personas (en realidad, no fueron producidos en España ni han disfrutado nunca en ella de mucho más que *lip service*, cuando no son simplemente desconocidos). Mucha gente moderna y más o menos democrática prefiere el *top to bottom* al *bottom to top*, consideran respetado con elegir cada cuatro años entre una lista bloqueada y otra igualmente bloqueada. La idea anglosajona de partir siempre del hombre común e ir ascendiendo como a base de sucesivos círculos concéntricos tampoco tiene muchos seguidores frente a la deferencia hacia la ley, el poder y las instituciones públicas.

3.2. La nueva centralización silenciosa

Aparte del explícitamente defendido por el nuevo nacionalismo español, que desde Aznar cabalga de nuevo y ahora sin complejos, desde finales de la década de los noventa del pasado siglo España está inmersa en un proceso silencioso e informal de centralización: económica, de los recursos, del empleo, de los medios de comunicación y de la cultura. Ahora bien, no podemos olvidar que, desde la propia puesta en marcha del proceso autonómico derivado del nuevo marco constitucional, las tendencias centralizadoras han sido muy fuertes, siendo en ocasiones el único punto de encuentro de los grandes partidos políticos de ámbito estatal, como aconteció con los *Acuerdos Autonómicos* firmados el 31 de julio de 1981 por la Unión de Centro Democrático (UCD) y el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y la posterior

¹⁶ Con un estilo chestertoniano podríamos definirlo como sigue: Lo que pueda hacer el pequeño, aunque sea un poco mal, no lo haga el grande. La Unión Europea lo recoge en sus Tratados, aunque lo desvirtúa en beneficio de la eficacia (art. 5.3 del Tratado de la Unión Europea); la Constitución española, como otras muchas, no lo menciona. El principio de subsidiariedad es de origen alemán, pues lo formuló el obispo de Maguncia, Monseñor Von Ketteler, en el siglo XIX y fue después asumido por la Santa Sede en la encíclica *Rerum Novarum* y, más posteriormente, y de modo más explícito, a través de la encíclica *Quadragesimo Anno* de 1931.

elaboración de la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA) aprobada por las Cortes Generales¹⁷ el 30 de julio de 1982.

De esta forma, los contrapesos económicos que representaron Barcelona y Bilbao durante los siglos XIX y XX, incluso bajo el franquismo, están ahora sensiblemente disminuidos aunque hayan sido parte tradicional del paisaje español durante los dos últimos siglos. Así, en España, hoy, un considerable número de personas está asociando el centralismo con el futuro, la eficiencia y los requerimientos de la economía actual de una manera que en Alemania, Canadá, Brasil o Estados Unidos sería difícilmente digerible por la opinión pública.

Con todo, y para terminar este epígrafe, diremos que nuestra explicación preferida de cómo se ha llegado a esta situación no es la del maquiavelismo ni la perversidad moral —quizá ni siquiera procedente aquí—, ni la refinada sofisticación de poderosas personalidades políticas adversas, sino una vulgar y corriente combinación de ciertas actitudes políticas revividas, autoritarismo elemental, crecimiento del poder y de los controles y la ‘navaja de Hanlon’, la cual sugiere no explicar las cosas por la maldad humana mientras puedan ser explicadas por la estupidez y la incompetencia humanas.

Mientras España corre el riesgo de desaparecer como Estado soberano e independiente, se aleja más y más del G8 y del G20, ve retroceder su renta per cápita a niveles de hace quince años y pierde peso en sus relaciones internacionales, gran parte de sus dirigentes centran sus propuestas en un ataque contra sus comunidades autónomas, sus universidades públicas o sus cajas de ahorro, estas últimas ya prácticamente desaparecidas en el momento de escribir las presentes líneas.

4. Los diferentes modelos territoriales y los caracteres básicos del modelo español

Veamos ahora los principales modelos territoriales existentes y sus características esenciales (perspectiva que excede el objeto de este trabajo, por lo que se efectuará de modo esquemático) para a continuación centrarnos en el modelo territorial español.

¹⁷ Debe notarse que en España ‘Cortes’ no designa órganos jurisdiccionales sino el parlamento español, que es bicameral y consta de Congreso y Senado.

4.1. Los principales modelos territoriales

Haciendo un esfuerzo por simplificar, desde el punto de vista de la organización territorial de las comunidades políticas, podríamos identificar los siguientes modelos, ordenados de mayor a menor concentración del poder: Estado unitario, Estado federal, confederación, y organización internacional. La centralización alcanzaría su máximo en un Estado unitario centralizado política y administrativamente, mientras que, en el extremo contrario, en las organizaciones internacionales de simple cooperación sería igual a cero (por ello, no nos detendremos en el estudio de las organizaciones internacionales).

4.1.1. El Estado unitario

El primer tipo es el Estado unitario, clásicamente definido por tener una sola constitución, un solo poder constituyente, una sola soberanía, un solo poder político originario, una sola potestad tributaria originaria, un solo ordenamiento jurídico, un solo poder judicial, una sola jurisdicción constitucional, una sola nación o un solo pueblo. El Estado unitario es muy simple y lógico y puede resultar atractivo e incluso fascinante para cierto tipo de personas que tienen preferencia por los esquemas geométricos y racionales y gustan de la unidad entendida como uniformidad.

El Estado unitario puede admitir un cierto grado de descentralización (nunca demasiada), bien administrativa, bien política. En el Estado unitario con descentralización solo administrativa no hay ningún cambio sustancial, pues se descentraliza nada más la ejecución administrativa; algo así como una delegación, siempre revocable unilateralmente.

El Estado unitario con descentralización política (y por ende también administrativa, pues “el que puede lo más, puede lo menos”) implica un paso más, y no baladí: crear centros de *decisión* política y legislativa, aunque limitados y carentes de poder originario, en otros lugares aparte del centro. Tienen su administración propia y su parlamento o asamblea legislativa y demás elementos que configuran una verdadera arena política propia, aunque —subrayamos— limitada y por definición carente de soberanía. Como se puede ver, esos territorios con descentralización política externamente se parecen algo a los estados miembros de las federaciones, aunque carecen de poder judicial y de constitución, lo que nos explica las no infrecuentes y apresuradas confusiones entre Estado autonómico y federalismo.

4.1.2. El Estado federal

El federalismo se caracteriza por tener tantas soberanías originarias, aparatos institucionales, poderes constituyentes y ordenamientos jurídicos como territorios.¹⁸ Dentro del federalismo podemos distinguir sobre todo el centro europeo (Alemania en primer lugar, pero también Austria o Suiza) y el angloamericano (Estados Unidos, Canadá, Australia). El federalismo alemán es cooperativo, el suizo (una variante del centro-europeo) es ejecutivo y el norteamericano es (o era) dual.

En el federalismo cooperativo alemán, *Bund* (poder central) y *Länder* (estados federados miembros de la Federación) cooperan, de manera que casi toda la aplicación y ejecución, tanto jurisdiccional como administrativa, la efectúan los estados, mientras que casi toda la gran decisión política y la principal legislación la hace la federación.

En el federalismo dual, tanto la legislación como la ejecución política y administrativa como la jurisdicción se repiten en paralelo, siendo una de titularidad de la federación y la otra de titularidad del Estado miembro. El federalismo dual, como su nombre indica, repite en ambos niveles todo el esquema institucional (excepto el ejército, la Reserva Federal o el servicio diplomático); el cooperativo tiende más a evitar reduplicaciones innecesarias de funcionarios públicos e instituciones. Huelga decir que ambos tienen partidarios y detractores y que en los últimos tiempos se han aproximado.

4.1.3. El Estado de las autonomías español

Desde un punto de vista más político-administrativo, el modelo español se encuentra dentro de los sistemas complejos o compuestos, donde el poder (y, por ende, la administración) está repartido entre distintos entes territoriales; es decir, una descentralización política y administrativa. Distribuir el poder implica reconocer que para gobernar mejor hay que respetar y tener

¹⁸ No entraremos en la diferenciación entre federación y confederación. Simplemente destacamos que el modelo confederal resulta actualmente poco interesante para nosotros porque en las confederaciones el poder central es débil en extremo. En la tensión entre la dimensión internacional y la constitucional o interna, el federalismo, si se ve obligado a elegir, opta por la interna, mientras que la confederación, en principio, por la internacional. Además, ha habido relativamente pocas confederaciones y varias de ellas, las más exitosas, han terminado transformándose en federaciones, como la norteamericana, la suiza o la alemana.

en consideración a los territorios menores, o que éstos tienen derecho a un cierto grado de autogobierno.

El modelo también ha sido calificado de ‘regional’, inspirándose en el sistema italiano, porque reconoce regiones (y nacionalidades) dotadas de autogobierno político-administrativo (esto es, descentralización política y, por ende, administrativa) y autonomía legislativa. El término más difundido es ‘Estado autonómico’ o ‘de las autonomías’, entendiendo por autonomía una dosis real de autogobierno pero limitada por la Constitución, por las grandes competencias que se reserva el Estado y por las leyes más importantes (así como, en la práctica, por otras leyes no tan importantes, la jurisprudencia constitucional, o la falta de recursos económicos propios).

Cualquiera que sea el nombre, es una fórmula intermedia e imprecisa utilizada para abandonar el tradicional unitarismo y simultáneamente alejar el federalismo, sin éxito en últimas porque el unitarismo vuelve a ser reclamado por los nuevos nacionalistas españoles mientras que varias regiones —incluso la muy española Andalucía— reclaman más competencias y algunas pretenden ejercer su derecho a autodeterminarse.

Las principales características del Estado español, a diferencia de un Estado federal, son: la soberanía nacional es una y reside en el pueblo español (art. 1.2 de la Constitución); las regiones no tienen todas las características e instituciones de un Estado federado (poder constituyente, judicatura, policía), no tienen libertad para auto-organizarse, no pueden reformar solas sus estatutos, tienen unas competencias que por calidad y cantidad son inferiores a las de los federalismos y, por último, tienen menos recursos económicos propios y poca o ninguna libertad tributaria. El Senado es otra notable diferencia, pues el español no es comparable en la práctica, y ni siquiera en teoría, a una cámara territorial federal, sea del tipo del norteamericano, sea del tipo del *Bundesrat* alemán (sobre esto volveremos un poco más adelante).

En cuanto a garantías constitucionales del Estado de las Autonomías son, básicamente, la dificultad de reforma del Título VIII —que para su modificación requiere una mayoría de tres quintos del Congreso (la cámara baja española) y del Senado y el referéndum popular si lo solicitase una décima parte de los diputados o senadores— y la jurisdicción del Tribunal Constitucional.

Debe notarse que la garantía otorgada al Título VIII por nuestra Carta Magna no es la máxima posible pues prevé las mayorías reforzadas del artículo 167, pero no el procedimiento endurecido y todavía más reforzado

del 168.¹⁹ La consecuencia es que si, como ya ocurrió en el pasado, volviera a darse un pacto entre los dos grandes partidos (ambos básicamente centralistas), podrían modificar unilateralmente el sistema sin contar con los territorios periféricos. Por otro lado, los estatutos de autonomía deberían ser una garantía cuasi-constitucional o semi-constitucional en cada región, pero la práctica ha mostrado que no son muy resistentes a la legislación orgánica —ni siquiera, a veces, ordinaria—, a la jurisprudencia constitucional, a las grandes mayorías parlamentarias, o a la escasez de recursos financieros propios. En resumen, el régimen autonómico español no tiene ninguna garantía constitucional del tipo del artículo 79.3 de la *Grundgesetz* alemana, que declara al federalismo intocable, ni siquiera reformando la Constitución.

4.2. El Título VIII de la Constitución Española y el Estado de las Autonomías

¿Cómo se articula el Estado de las Autonomías en la Constitución de 1978? A base de nacionalidades y regiones²⁰ constituidas en Comunidades Autónomas, que a su vez se dividen en provincias, excepto siete en las que, al ser uniprovinciales, la provincia ha desaparecido. Debe notarse que es como un marco incompleto, o redactado en términos demasiado generales, pendiente de rellenar en parte, y que necesita concretarse en cada región por medio del correspondiente estatuto de Autonomía. Originalmente, las regiones, que partían de una situación de prácticamente total carencia de autonomía, pudieron convertirse en comunidades autónomas por dos vías constitucionales distintas,²¹ lo cual hoy ha perdido gran parte de su interés, pero sirve para

¹⁹ El art. 168 exige una mayoría en las dos cámaras de dos tercios, que después se disuelvan las Cortes Generales, y que las nuevas Cortes vuelvan a aprobar el proyecto de reforma por idéntica mayoría, para finalmente ser sometido a referéndum popular.

²⁰ *Vid.* art. 2 de la Constitución Española. ‘Nacionalidad’ y ‘región’ no son lo mismo (menos aún ‘nación’), y la diferencia no es un tema pacífico. Si aquí utilizamos ‘Comunidad Autónoma’ es porque las abarca a todas, y ‘región’ es porque es lo que mejor se entiende fuera de España, pero ello no implica una toma de posición contra ‘nacionalidad’ o ‘nación’ (este último término no aparece en el texto constitucional, y sería años más tarde objeto de gran polémica en relación con su inclusión en el nuevo Estatuto de Autonomía catalán aprobado en el año 2006, dictaminando el Tribunal Constitucional que no tendría eficacia jurídica).

²¹ *Vid.* arts. 143 y 151, más la Disposición Transitoria Segunda. La principal diferencia consistiría en que las Comunidades que accedieron por la vía del art. 151 (Andalucía) y de la Disposición Transitoria Segunda (Cataluña, Euskadi y Galicia, por haber plebiscitado afirmativamente en el pasado su Estatuto de

ilustrar una nota del sistema español a la que nos referiremos más tarde, su asimetría.

Recordemos que el Título VIII es una de las piezas claves de la Constitución de 1978. El sistema empleado para articular las relaciones estatales-regionales es el de las listas de competencias. Los artículos 148 y 149 establecen distintas categorías de competencias, las que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas y las exclusivas del Estado, si bien no es tan fácil como en un principio podría parecer determinar los ámbitos competenciales de las unas y el otro. Existen numerosos factores jurídicos o políticos que han alterado el reparto competencial y que han favorecido a las competencias estatales —así, el artículo 149.3 de la Constitución, que establece la supletoriedad del Derecho estatal y su prevalencia en lo que no sean competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas; la remisión a los Estatutos de Autonomía; la interpretación del Tribunal Constitucional; el amplio sentido que se ha dado a lo ‘básico’ en la legislación, etc.—. Es también relevante para determinar las competencias estatales y autonómicas, aunque no formula un listado, el artículo 150.

Ese marco competencial establecido en la Constitución es extraño. Parecen concederse competencias que si se analizan con detenimiento tienen poco contenido y que, por ejemplo, aparecen limitadas por “los objetivos marcados por la política económica nacional” (art. 148.1.13). En otros casos, algunas competencias que en principio parecen corresponder a las Comunidades Autónomas están en la práctica en manos del poder central, porque la Constitución establece que deberán ejercerse de acuerdo con lo que disponga no ya la Constitución sino la legislación central (arts. 148.1.2 o 148.1.22); de manera que lo que en principio podría ser una competencia autonómica conforme al artículo 148, finalmente será una competencia básicamente estatal, es decir, dar sin dar.

Por su parte, el artículo 149, después de establecer una relación de competencias exclusivas del Estado, establece una cláusula de supletoriedad en dos fases: primero dice que las competencias no atribuidas expresamente

Autonomía) tendrían de inmediato el máximo techo competencial (con los límites previstos en la Constitución), mientras que el resto de Comunidades Autónomas habrían de esperar un plazo temporal para alcanzar este nivel. El Pacto Autonómico de 1992 entre el PSOE y el PP estableció una igualación competencial que diluyó en gran parte (no en todo) las diferencias debidas a la vía de acceso a la Autonomía.

por la Constitución al Estado pueden ser de las Comunidades Autónomas si así lo recogen sus Estatutos, y a continuación dispone que las materias no asumidas por estas Comunidades en estos corresponderán al Estado, cuyas normas prevalecerán en caso de conflicto (salvo en las competencias exclusivas de las Autonomías), siendo además el Derecho estatal supletorio del autonómico (art. 149.3).

El artículo 150 establece diversos mecanismos de flexibilidad del sistema. El primer y tercer apartado basculan hacia el poder central: en el primer caso, éste tendrá la capacidad de establecer principios, bases o directrices que la legislación autonómica habrá de respetar (partiendo, claro está, de que el Estado tiene competencia en dicha materia); en el segundo, se otorga al poder central la facultad de armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, “aun en el caso de materias atribuidas a las competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general”, lo que se apreciará por mayoría absoluta de las Cortes Generales. El fortalecimiento del poder central sobre la base del artículo 150.3 es, por tanto, notorio. El segundo apartado del artículo 150 habilita la posibilidad de transferir o delegar competencias estatales a las Comunidades Autónomas mediante ley orgánica, basculando en este caso hacia el lado autonómico.

Con base en lo anterior, existirían materias en las que el Estado tendría una competencia exclusiva (defensa, relaciones internacionales, asuntos de interior y justicia, etc.), materias en las que la competencia exclusiva sería de las Comunidades Autónomas (instituciones autonómicas, agricultura y ganadería, etc.), materias en las que el Estado elabora la ley básica y las Autonomías la desarrollan, reglamentan y ejecutan (sanidad, educación, etc.) y materias en las que el Estado tiene prácticamente toda la legislación y las Comunidades Autónomas poseen solo la ejecución (legislación laboral, etc.). El resultado es un esquema complejo, muchas veces difícil de deslindar y que, con la entrada en la Unión Europea, se ha complicado todavía más, al incidir la Unión tanto en las competencias estatales como en las Autonómicas.

Además, debemos tener en cuenta que el marco territorial está definido sobre todo en el Título VIII de la Constitución pero no solo ahí, sino también en otros artículos de la Carta Magna.²² E incluso más allá: el marco competen-

²² *Vid.* España, Constitución Política, Preámbulo, arts. 1 a 3, 8, 69, 81.1, 133, 161.2 y 162; así como las disposiciones adicionales y las disposiciones transitorias.

cial en el que se desenvuelven las Comunidades Autónomas no lo configura solo el texto constitucional, sino también los Estatutos de Autonomía, el Tratado de la Unión Europea, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de dicha institución, la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, las leyes del régimen local, las grandes leyes sobre los funcionarios, etc.

4.3. Rasgos del modelo territorial español

En principio, la Constitución Española opta por un modelo de Estado unitario: “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles” (art. 2). Ahora bien, en el mismo artículo “reconoce y garantiza el derecho a la autonomía”. Esa opción por el unitarismo con autonomía política y administrativa no produce un modelo claro: ni federal dual como el norteamericano, ni federal cooperativo como el alemán, ni federal ejecutivo como el suizo, ni unitario como el francés clásico, ni centralizado en general con la excepción de algunas regiones, como el portugués.

Analizando solo el articulado constitucional —prescindiendo ahora de la ulterior evolución de las leyes y la jurisprudencia, o del juego de los partidos—, podemos distinguir en la Constitución, encabalgados y confusos, diferentes rasgos que responderían a variados modelos territoriales.

4.3.1. Rasgos historicistas

El planteamiento historicista es uno de los más claros en la Constitución, que acepta en parte la historia como anterior a sí misma e incluso se fundamenta en ella. La nación española se da esta Constitución con el fin de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones”.²³

Además, “reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas” (art. 2). Y el artículo 143.1 establece que “en el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características *históricas*, culturales y económicas comunes (...) podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas”.

²³ España, Constitución Española, Preámbulo, párrafo 4º.

Los términos literales hacen referencia a la historia como fuente y origen: “reconoce”, “culturas y tradiciones”, “características históricas (...) comunes”. La Constitución plasma en sus artículos lo que ya existe en virtud de la historia: la unidad de España y la diferenciación de algunas de sus partes. Pero donde la Constitución se refiere más claramente a la historia anterior es en su final:

La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales” (Disposición Adicional Primera).

Los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía (...) podrán proceder inmediatamente en la forma que se prevé en el apartado 2 del artículo 148 (...) (Disposición Transitoria Segunda).

En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839, en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de Julio de 1876 (Disposición Derogatoria 2ª).

Por lo tanto, la intención de la Constitución es configurar un régimen de distribución territorial de competencias *ex novo*, pero no crear *ex novo* unas comunidades políticas que ya en muchos casos tenían una base histórica. Es decir, la Constitución formula un proyecto para el futuro, pero el punto de partida es la historia.

Puede discutirse si es lógico o justo partir de la historia, pues, ¿por qué no podrían todas las partes de España tener los mismos derechos, cualquiera que haya sido su historia anterior? En los Estados Unidos, el mismo *status* se reconoce a los estados viejos (que son más viejos que los Estados Unidos mismos) y preconstitucionales, que a los nuevos, que se constituyeron artificialmente a partir de territorios que estaban bajo gobierno federal directo como Utah o Arizona. Y lo mismo en Alemania: los *Länder* más históricos, como el Estado Libre de Baviera, cuya Constitución actual es algo más antigua que la alemana, no tiene más ni menos derechos que otros *Länder* más artificiales como Renania del Norte-Westfalia, que debe su existencia como unidad territorial al hecho accidental de que allí estaban estacionadas las tropas británicas después de 1945.

4.3.2. Rasgos federalizantes

Con cierta frecuencia se escucha que la Constitución Española es federal o cuasi-federal. Y en el extranjero es corriente oír hablar de España como un Estado cuasi-federal o federal en todo menos en el nombre. Por ello hay quienes sostienen que con pasar a un federalismo formal habría poco que ganar en la realidad.

No falta algún fundamento, pero no se puede concluir que España sea federal, pues esos rasgos no son federales, sino, en todo caso, federalizantes, y de un federalismo más teórico que material. Lo que España tiene de federalizante es:

- i) Unos estatutos para cada Comunidad Autónoma comparables externamente a las constituciones de los estados-miembros de las federaciones y con rasgos de constitucionalidad material (no tanto en su contenido ni procedimiento de revisión, como veremos).
- ii) Esos Estatutos, al menos los de Cataluña, Euskadi, Galicia y Andalucía, son teóricamente superiores a todas las demás leyes españolas, ordinarias y aun orgánicas, y tienen cierto carácter pacticio tanto en su elaboración como en su reforma. No podrían ser reformados unilateralmente por las Cortes Generales, ni siquiera por el pueblo español entero en referéndum, salvo que antes reformara la Constitución para adquirir esa facultad. Ni la existencia de estas Comunidades Autónomas ni sus competencias dependen solo del arbitrio del Legislativo central.
- iii) Las Comunidades Autónomas cuentan con órganos de gobierno y legislación elegidos por su pueblo, no subordinados jerárquicamente a los del poder central y similares a los de los estados federados: Legislativo y Ejecutivo.
- iv) Las competencias del poder central y las de las Comunidades Autónomas están separadas en unas listas de materias que figuran en la Constitución y en los respectivos Estatutos, comparables a las listas de competencias de algunas federaciones.
- v) Asimismo, la Disposición Transitoria Segunda y la Adicional Primera, ya transcritas, parecen admitir en esas nacionalidades una fuente de legitimidad anterior a la propia Constitución.

- vi) También el artículo 149.3 es considerado federalizante por algunos porque establece que lo no reconocido en el artículo 149.1 y 2 como competencia exclusiva del Estado puede estar atribuido a las Comunidades Autónomas en sus Estatutos: “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos estatutos (...)” (art. 149.3). Sin embargo, este precepto continúa diciendo “Las competencias sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderán al Estado (...)”. Lo verdaderamente federal hubiera sido algo como: “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución corresponderán a las Comunidades Autónomas”, cosa que la Constitución se guarda mucho de decir.
- vii) El artículo 155 de la Constitución sería equivalente a la coacción federal, reproduciendo casi literalmente el artículo 37 de la *Grundgesetz*.

Aquí se acaban las similitudes importantes entre nuestras Comunidades Autónomas y los estados federados. Todo lo demás son diferencias. No existe soberanía originaria ni potestad constituyente en el nivel autonómico, ni siquiera una plena potestad de auto-organización de sus propias instituciones. No hay un poder judicial ni control de constitucionalidad autonómicos. No hay un Senado como el *Bundesrat* ni canales efectivos para que las Comunidades Autónomas contribuyan a la formación de la actividad del Estado. Muchos Estatutos, la gran mayoría, no fueron sometidos a referéndum y las competencias de las Comunidades Autónomas no son en realidad muy abundantes; ninguna o casi ninguna en orden público, Derecho Penal, armas, etc.; menores que en cualquier federalismo que no sea aparente, y en muchos casos se reducen a la ejecución. Además, la cultura política —muy importante— tiene poco o nada de federal, pues el pensamiento político español está muy lejos de admitir que California o Florida reformen sus constituciones como deseen, incrementen o disminuyan sus impuestos a voluntad, dicten normas anticontaminantes más duras que el resto del territorio, o nieguen validez al carnet de conducir de otro estado miembro.

4.3.3. Rasgos de un Estado unitario con autonomía política

Carecen las regiones de poder constituyente propio y de soberanía originaria. Ésta, y no solo la cantidad de competencias, sería la diferencia esencial respecto al federalismo: el ser posteriores al Estado e incluso a la Constitución; al menos las Comunidades Autónomas no históricas.

Repetida jurisprudencia constitucional señala la autonomía como distinta e inferior a la soberanía. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 100/1984, de 8 de noviembre (en relación con la incorporación de Segovia a la Comunidad Autónoma de Castilla-León), traza una clara supeditación de la voluntad de Segovia al interés nacional. El Tribunal se refiere a las Cortes Generales como titular indiviso de la soberanía y señala que “la Constitución, que no configura el mapa autonómico, no ha dejado su concreción tan solo a la disposición de los titulares de la iniciativa autonómica, sino que ha querido dejar en manos de las Cortes un mecanismo de cierre para la eventual primacía del interés nacional” (fundamento jurídico 3).

Además, la STC 69/1982, de 23 de noviembre, abundando en ese criterio y concretándolo a las competencias, afirma:

Ello no significa, sin embargo, que la competencia legislativa en cuestión sea ilimitada o absoluta (...) en favor de la Comunidad Autónoma, pues autonomía no equivale a soberanía, ya que incluso las competencias autonómicas exclusivas han de situarse siempre dentro del marco constitucional (Fundamento jurídico 1).

El Tribunal delimita todavía más el concepto de autonomía cuando restringe su ámbito material a la gestión de los intereses respectivos de las Comunidades Autónomas. La STC 25/1981, de 14 de julio, afirma que

(...) sin dejar, como es obvio, de participar en la vida general del Estado (...), las Comunidades Autónomas, como corporaciones públicas de base territorial y de naturaleza política, tienen como esfera y límite de su actividad, en cuanto tales, los intereses que les son propios, mientras que la tutela de los intereses públicos generales compete por definición a los órganos estatales (Fundamento jurídico 3).

Por su parte, la STC 76/1988 de 26 de abril, afirma que la Constitución no es federal, en el sentido de no haber sido pactada por unos entes territoriales anteriores a ella:

La Constitución no es un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general a su ámbito, sin que queden fuera de ellas situaciones “históricas” anteriores (Fundamento jurídico 3).

No deja de ser discutible.

Nuestra Constitución adopta el modelo de Estado unitario con autonomía para las nacionalidades o regiones, al estilo italiano. El derecho a la autonomía se reconoce y garantiza, pero la Carta Magna ni siquiera dice expresamente que todas las Comunidades Autónomas tendrán potestad legislativa.

En definitiva, en el Estado unitario-autonómico, a pesar de las apariencias, predomina lo unitario sobre lo autonómico. El poder judicial y el Tribunal Constitucional son únicos, casi todo el Derecho es unitario (lo son todas sus bases y todas sus grandes ramas), como también casi todos los impuestos, los grandes partidos, los grandes medios de comunicación social, y así sucesivamente.

4.3.4. Rasgos de un Estado unitario con descentralización administrativa

Estos abundan porque en la realidad es lo que más se practica: no la autonomía política (descentralización de la gran decisión) sino la descentralización administrativa (descentralización de la decisión secundaria y la ejecución o solo de la ejecución). La descentralización es el traspaso de funciones, normalmente de naturaleza administrativa y de mera ejecución, del Estado a unas entidades periféricas (municipios, provincias, regiones). Si se tratara solo de una descentralización químicamente pura, las Comunidades Autónomas no tendrían por qué tener de forma necesaria poder político ni legislativo propio. Además, debe tenerse presente que el ente que descentraliza retiene el poder de recentralizar.²⁴

²⁴ Como escribía Elazar, “aquel que puede descentralizar puede también recentralizar”, Elazar, Daniel, *The Federal Polity*, Transaction Books, New Brunswick, 1974, p. 241.

Lo que la autonomía (política) tiene en común con la descentralización es que consiste también, en cierto modo, en una descentralización, una transferencia del centro a la periferia. Pero ahí terminan las similitudes importantes porque la autonomía es una descentralización, pero de contenido político y legislativo, y porque, al estar concedida por la Constitución, y no por un parlamento o gobierno, no tiene marcha atrás: salvo previa reforma constitucional, el Estado que descentraliza políticamente con constitución y estatutos no podrá, *en principio*, recentralizar sin reformar la constitución. Además, en la Comunidad Autónoma existen unos poderes públicos cuya legitimidad se basa directamente en la Constitución y en el voto del pueblo de esa región y que no están subordinados en lo jerárquico al poder central. En la descentralización administrativa la relación sigue siendo jerárquica, vertical, de subordinación; mientras que en la autonomía la relación es horizontal, de competencias, más parecida en teoría (solo en teoría) a la de una federación.

Para terminar, la existencia de parlamentos autonómicos parece disipar la duda: una mera descentralización administrativa no concede potestades políticas ni legislativas. Lo dice la STC 25/1981, de 14 de julio: “Las Comunidades Autónomas (...) gozan de una autonomía cualitativamente superior a la administrativa que corresponde a los entes locales, ya que se añaden potestades legislativas y gubernamentales que la configuran como autonomía de naturaleza política” (Fundamento jurídico 3).

Sin embargo, para mayor confusión también aparecen en nuestra Constitución rasgos de descentralización administrativa; así, el artículo 150.2 prevé la posibilidad de que el Estado transfiera o delegue facultades correspondientes a materias de titularidad estatal susceptibles de transferencia o delegación, lo que se tendrá que realizar por ley orgánica (es decir, mediante autorización del poder central, que también se reservará mecanismos de control). Eventualmente, podrían ser retiradas (aunque esto, según sea el caso y la Comunidad Autónoma concreta, puede tener un coste político).

Aquí ofrecemos el esquema teórico. No ignoramos la práctica: por un lado, en los sistemas autonómicos caben recentralizaciones parciales por vía de hecho, como ha ocurrido entre nosotros, y, por otro, ni siquiera en los de mera descentralización administrativa (Chile, por ejemplo) es fácil que el Estado recentralice de nuevo lo concedido sin pagar algún precio político. En la práctica, aunque la autonomía política sea distinta y superior a la descentralización administrativa, las Comunidades Autónomas ejercen muchas

tareas de la segunda naturaleza: por ejemplo, siempre que ejecutan, gestionan, aplican, sancionan o, en definitiva, ponen en práctica lo que se decide desde el poder central.

5. Los fallos del sistema

Contra lo que pueden hacer pensar los medios de comunicación españoles, no estamos ante un especial fallo de nuestras regiones autónomas —aunque es indiscutible que tienen fallos, que vamos a comentar, y que despilfarran, aunque menos que en Estados Unidos, Brasil o México—. Ante lo que estamos es una pérdida del acuerdo fundamental que presidió la transición del franquismo a la democracia, y ese desacuerdo hace ahora que unas Comunidades Autónomas que, con todos sus no pocos defectos, podían haberlo hecho mucho peor, aparezcan ahora como responsables de la crisis económica para una parte considerable de la población española.²⁵

Lo que ha ocurrido, básicamente, es que ha cambiado la actitud de los grandes partidos (en especial el Partido Popular) y de algunos medios de comunicación hacia el pluralismo territorial que había en España. Quienes en la Transición aceptaron el final del centralismo, ahora no lo aceptan con base en argumentos diversos, de los cuales el más ensordecedor es el de la crisis económica y el segundo, el de la amenaza a la unidad de España. En realidad es un problema más de psicología social que de Derecho o Ciencia Política, pues es indiscutible que la actual crisis no fue generada en ningún sector de la administración pública, periférico o central, sino en la banca privada y la burbuja inmobiliaria. Ha triunfado en la opinión pública la actitud según la cual si una institución está llevando a cabo mal sus funciones, lo que hay que hacer no es corregir lo que hace mal sino suprimir la institución, como han experimentado en sus carnes la gran mayoría de las cajas de ahorro, que a pesar de su larga historia y de sus profundas raíces españolas hoy han dejado de existir.

Por eso podemos decir que hay muchos defectos en las Comunidades Autónomas, pero no hay un fallo especial que justifique su desaparición.

²⁵ Según el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas de diciembre de 2011, en una escala de responsabilidad en la crisis económica establecida del 1 a 10, los encuestados otorgarían a los gobiernos autonómicos 7,32. No obstante, ocuparían el séptimo lugar, tras los bancos, la situación económica internacional, el Banco de España, el gobierno español, el Banco Central Europeo y la Unión Europea. A juzgar por el ‘ruido’ mediático parecería que el rechazo iba a ser mayor; quizá opinión pública y opinión publicada no coincidan por completo.

En cuanto a esos fallos concretos, debemos advertir con carácter previo que no hay esquema territorial perfecto y que todos son peores en la práctica que en la letra de la ley o constitución. Pero es que incluso la parte teórica de un modelo constitucional debe ser diseñada pensando en la práctica. No se puede alegar, como a veces se hace a propósito de la Constitución española de 1812, que era buena en sí pero mala para las circunstancias que le tocaron, pues nadie diría que una ley sobre arrendamientos rústicos es buena si funciona mal en la realidad: el Derecho es una ciencia práctica en el sentido aristotélico.

Por tanto, y dejando a un lado los defectos y corruptelas que la vida misma y los seres humanos nos encargaremos siempre de añadir a cualquier constitución, el modelo territorial español tiene una serie de fallos o defectos que están en sus genes. A estos defectos *in built* nos vamos a referir brevemente a continuación.

El primer fallo es haber elegido un modelo no demasiado bueno. Los mejores y más claros modelos siguen siendo el unitario y el federal tradicionales, y si se abandona el primero lo más sensato es optar por el segundo, contrastado por la experiencia de varios siglos en diversos países de diversas culturas. El rechazo español al federalismo a veces adquiere tintes de poca racionalidad²⁶ y quizá solo se podría explicar en el contexto en el que se elaboró la Constitución de 1978, después de trescientos años de Estado unitario centralizado (y algo menos de cuarenta de dictadura) con algunos de sus principios todavía fuertemente arraigados. También influyó la memoria histórica del poco éxito del experimento federal de 1873 y la asociación por algunos de la escasa autonomía regional de 1931-1936 con la Guerra Civil.

El segundo defecto (o bloque de defectos) es la ambigüedad e indefinición, características de las que el modelo español está imbuido y que, en este caso, no son producto de la flexibilidad y el sentido común sino de la confusión o, lo que es peor, del ceder sin ceder o hacer la ley pero teniendo ya preparada la trampa. La indefinición en sí misma no es necesariamente mala mientras haya *agreement on fundamentals*, pero si no lo hay será negativa y el modelo

²⁶ Prueba de ello es el anuncio efectuado por el líder del Psoe, principal fuerza de la oposición, el 24 de septiembre, abogando por desarrollar un modelo territorial federal (aunque sin concretar su articulación) y admitiendo que ello podría suponer incluso la reforma de la Constitución Española; sin embargo, desde el Partido Popular, formación que sustenta al actual gobierno, se rechazó de inmediato y de forma tajante cualquier cambio en esta dirección.

quedará inclinado a la conflictividad. (En realidad, la ausencia de ese acuerdo es mala para cualquier aspecto del Derecho constitucional).

La ambigüedad tiene también otro aspecto: el Estado autonómico español parece responder al designio de aparentar ser autonómico para no serlo del todo; ceder sin ceder en el fondo. Hasta hoy, la autonomía es demasiado para algunos (y por eso la articulan de modo que nunca pierdan el control central) y para otros demasiado poco (y por eso la usan como medio para un mayor autogobierno). Así no es fácil generar confianza y se abre la puerta al juego poco limpio, sobre todo, pero no solo, por parte del Estado; por ello se muestra fuerte frente al débil y débil frente al fuerte.

Es decir, la ambigüedad indebida implica que en vez de sustituir un traje por otro, el Estado mantiene el anterior (con las provincias y sus órganos de gobierno, las diputaciones, más las subdelegaciones provinciales) mientras se pone el traje autonómico encima, con las consiguientes duplicaciones de administraciones y funcionarios que después tanto se critican. El cambio del modelo territorial español a partir de 1978 ha sido sustancial, pero no ha sido ni suficiente ni claro. ¿Se imagina alguien que los ingleses hubieran hecho así cuando concedieron a Escocia la *Devolution* en 1998? Tardaron mucho en reconocer a Escocia su actual *status*, pero, una vez reconocido, no han tratado nunca de ‘ceder sin ceder’, aparentar ceder pero ceder, recuperar subterráneamente lo cedido, aprovechar la dependencia o inferioridad económica del otro, hipertrofiar la legislación básica o aprovechar las correas de transmisión interna del partido cuando en Edimburgo y Londres gobernaba el mismo. Como ya hemos expuesto, en Irlanda costó sangre que los británicos concedieran el *status* de Estado Libre, mas, una vez concedido, jugaron limpio y respetaron los deseos irlandeses, aunque condujeran a Irlanda a abandonar el Reino Unido por completo y convertirse en república.

De esta forma, el actual modelo territorial español sigue siendo básicamente centralista pero al mismo tiempo es disgregador y divisivo en sus efectos, con lo que descontenta a todos, autonomistas y centralistas, y genera tensiones, agravios y discriminaciones injustas. ¿Puede un centralismo resultar disgregador y divisivo? A primera vista parecería que no, pero es evidente que la realidad es lo contrario.

El tercer defecto deriva de la inestabilidad del sistema. Esta existe aunque no es total, como pretenden los detractores del sistema, pues España no podría sin reforma constitucional convertirse en un Estado federal, como tampoco en

uno puramente unitario y centralizado por completo. Ahora bien, aunque no total, es suficiente para producir desazón y sensación de conflicto nunca cerrado, y puede observarse con particular claridad cuando periódicamente se negocia la financiación autonómica. Dejamos ahora sin subrayar que ya es bastante raro que en una comunidad política normalmente constituida la financiación autonómica sea materia de medios de comunicación, *chalanceo* y *horse trading*, porque implica que las regiones no la tienen garantizada por la Constitución (excepto Navarra y Euskadi). ¿Puede alguien imaginarse al presidente norteamericano negociando cada poco la financiación de los cincuenta estados miembros más Puerto Rico? ¿Cuánto tiempo precisaría para ello? El poder central no hace nada para evitar estas perturbadoras disfunciones porque si existiera una financiación indiscutible reglada por la Constitución, o si las regiones se autofinanciasen, se vería privado del instrumento de control que para él representa tener a las regiones solicitando financiación ante él cada cuatro años. El interés a corto plazo del gobierno central pasa por encima del interés de las regiones e incluso del interés del Estado mismo; para no mencionar los agravios comparativos que se producen.

En la misma línea y también en materia de financiación se puede señalar que el Estado da poca libertad y no reconoce potestad tributaria a las regiones pero tampoco les da mucha responsabilidad. Las Comunidades Autónomas son gastadoras natas (sobre todo en los capítulos de sanidad y educación, los más importantes de su actividad) pero no son recaudadoras porque apenas pueden recaudar. Eso tiene un efecto interesante para los críticos de las Comunidades Autónomas en el debate actual: siempre pueden acusarlas de gastar y no ingresar. No obstante, en el momento de escribir estas líneas las cosas han cambiado algo: las Comunidades Autónomas cargan con lo segundo —dicho de otro modo, se les está exigiendo responsabilidad— pero carecen de lo primero, la libertad de recaudación, lo que ha llevado a Cataluña a solicitar el llamado ‘pacto fiscal’ que le permitiría ejercitar la función recaudatoria.

Un cuarto defecto es el solapamiento de competencias y funciones. Solapamiento que se produce a pesar de que en teoría existan pocas competencias concurrentes. Por ejemplo, en materia de deporte, pueden tener algún tipo de competencia las municipalidades, las diputaciones provinciales, las Comunidades Autónomas y el Estado. Seguramente puede decirse lo mismo en cuanto a cultura, y así sucesivamente. Es sabido que hay materias en las que

todas las administraciones implicadas tendrán algo que decir (medio ambiente, por ejemplo), pero el diseñador del sistema debe evitarlo o al menos repartir las funciones (decidir-ejecutar, legislar-aplicar) con la mayor claridad posible. Cuando la coincidencia es inevitable el legislador constitucional debe prever los mecanismos de colaboración; pero no podemos olvidar que depender de la colaboración (típico de los federalismos cooperativos y sus parientes cercanos), sobre todo si esta no se encuentra institucionalizada, pone a una de las partes en situación de debilidad y hace que el sistema dependa de la buena voluntad, o las continuas negociaciones, de las partes.

Una vez examinados estos defectos *in built*, veremos a continuación algunas deficiencias más concretas del modelo.

5.1. Los (poco eficientes) guardianes del modelo territorial español: el Senado y el Tribunal Constitucional

La Constitución tiene defensores, como es evidente, pero, ¿quién defiende la autonomía? Sabemos que en Alemania lo hace, y muy bien, el *Bundesrat*; en Escocia, la constitución histórica no escrita y la *Scotland Act*. En las siguientes líneas pretendemos aportar una respuesta a uno de los fallos innatos del sistema: la autonomía, que en teoría cuenta con la garantía que le proporciona la rigidez de la Constitución Española para su reforma, prácticamente no tiene instituciones constitucionales que la defiendan, con lo que su defensa real es dejada a la calle y a los partidos nacionalistas, si los hay, con el consiguiente efecto disgregador.

Inoperancia del Senado como cámara de representación territorial. Constantemente cuestionada ha sido la inoperancia del Senado en el sentido de cámara de representación territorial. Desde el principio se caracterizó por ser una duplicación del Congreso, por parecer una cámara subordinada a él y por la débil representación de las Comunidades Autónomas (para no mencionar sus escasas funciones reales). Estas últimas carecen de una instancia dónde discutir y participar en las decisiones del Estado que les afectan, configurándose ello como uno de los defectos de nuestra Constitución. Por eso es cierto que en general las regiones se autogobiernan solo de forma limitada, carecen del mínimo de un estado federado y tienen un margen escaso de participación directa en la Unión Europea. Al mismo tiempo, es también cierto lo contrario: que España necesita más foros e instancias centripetas. Si medimos la autonomía por dos dimensiones, autogobierno (que sería

más bien ‘centrífuga’) y participación (más bien ‘centrípeta’), resulta escasa en ambas. Y como la segunda es de por sí, como decimos, integradora y centrípeta, prueba ser tan cierta la queja de los partidarios de la autonomía regional como la de los que lamentan que España se ‘rompa’ (aunque estos suelen exagerar o errar en las causas de la real o supuesta ruptura). El fracaso del Senado, llamado a ejercer ese papel centrípeto, es particularmente importante desde este punto de vista.

La Constitución configura al Senado de una manera curiosa: se le proclama cámara de representación autonómica y no lo es casi en absoluto, pero tampoco es una buena cámara de legislación, control o *auctoritas* como el Senado norteamericano, la Cámara de los Lores tradicional o el *Bundesrat* alemán. Su diseño constitucional refleja la ausencia de una idea clara: en sus competencias es declaradamente inferior y subordinado al Congreso, y en su composición no refleja las regiones sino las provincias (salvo una mínima cuota elegida por las Comunidades Autónomas). Así, en su descripción formal²⁷ aparenta una idea autonómica desmentida por su composición y ausencia de funciones sustanciales. Como otros aspectos del Estado autonómico español, aparenta ser autonómico sin serlo en realidad. A lo anterior debemos añadir que la reforma del Senado ha sido pedida por todos los partidos políticos desde la década de los ochenta del pasado siglo, siendo olvidada por todos ellos cuando llegan al gobierno. Probablemente el cambio más destacado ha sido la reforma reglamentaria que culminó con la creación de la Comisión General de las Comunidades Autónomas en 1994, aunque su importancia real es limitada.

Por ello, para que el Senado se convierta en una defensa real de la autonomía, necesitaría cambiar en profundidad su naturaleza, pasando a ser una auténtica cámara de representación autonómica compuesta por representantes autonómicos, que tuviera participación en las leyes que afecten directamente a las Comunidades Autónomas, que promoviera las relaciones entre ellas y tuviera una participación real (y no meramente nominal, como sucede ahora) en el nombramiento de los altos órganos del Estado, en especial en el caso del Tribunal Constitucional.²⁸

²⁷ Vid. España, Constitución Española, artículo 69.

²⁸ No obstante, como explica el profesor Aja, existen demasiados obstáculos para su reforma: “Ningún gobierno reforma de buena gana una institución que no le crea problemas para establecer otra mucho

Insuficiente defensa de las comunidades autónomas por el Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional, al que compete la resolución de conflictos entre las Comunidades Autónomas y el poder central, es el intérprete único y supremo de la Constitución, por lo que la mayoría de sus decisiones acaban respondiendo a una visión piramidal y estatista del territorio y del ordenamiento jurídico, más moderna que postmoderna. Si lo examinamos de cerca, no se le puede considerar garante de las Comunidades Autónomas, ni por su composición ni por sus funciones. Un ejemplo gráfico podría encontrarse en el artículo 161.2 de la Constitución: “El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”. Es más bien, una garantía para el gobierno central (y también para la autonomía municipal).²⁹

En su defensa hay que decir que el Tribunal se ha visto en la necesidad de tener que desarrollar y concretar el ambiguo Título VIII, tarea que ha llevado a cabo por las vías del conflicto de competencias y el control de constitucionalidad. En general, se ha mostrado más bien centralista, al menos en los asuntos de cierta importancia, con la notable excepción de la sentencia de 1983 sobre la LOAPA, en la que rechazó las posiciones más uniformizadoras en el desarrollo del entonces incipiente proceso autonómico.³⁰ Además, en 1985 el gobierno central se liberó de la suspensión preventiva (recurso previo de inconstitucionalidad), lo que le ha permitido un mayor margen normativo,

más potente que puede ofrecerle resistencia. Tampoco el Congreso de los Diputados ha demostrado interés, ¿por qué perder el protagonismo total que tiene ahora? Además, resulta muy humano que buena parte de los propios senadores tampoco vean bien la reforma (...) porque seguramente perderían su puesto. Las CCAA [Comunidades Autónomas], que serían las principales beneficiarias de la reforma, apenas la han defendido, y se dice que los partidos nacionalistas están en contra porque les llevaría a una igualación con las demás CCAA”, Aja, Eliseo, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, Madrid, 2003, p. 246.

²⁹ España, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Artículo 10.1 f): “El Tribunal en Pleno conoce de los siguientes asuntos: (...) f) De los conflictos en defensa de la autonomía local”.

³⁰ *Vid.* España, Tribunal Constitucional, STC 76/83, de 5 de agosto de 1983, en la que niega que la LOAPA tenga carácter orgánico y armonizador, declarando inconstitucional 14 de los 38 artículos con que contaba dicha ley.

pero las Comunidades Autónomas siguen sufriendola al amparo del artículo 161.2, como acabamos de mencionar.

Decíamos que no puede ser considerado buen guardián de la autonomía por su composición ni por sus funciones, pero tampoco, y salvo excepciones, por sus principales líneas jurisprudenciales. El Tribunal permite al Gobierno central abusar de lo que se entiende por ‘legislación’ (no solo leyes formales) y de lo que se entiende por ‘bases’ y ‘básico’, y tiende a relegar la autonomía regional a las competencias de ejecución y aplicación. Desde sus orígenes se ha integrado en el ambiente centralista, íntimamente conectado con los restantes poderes (excepto con el Tribunal Supremo) e inmerso en esa atmósfera en la que los frenos y contrapesos al poder central son escasos. El contraste con el *Bundesverfassungsgericht*, situado en la alejada ciudad provinciana de Karlsruhe, no puede ser más claro.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el *Estatut* de Cataluña,³¹ que declara inconstitucional buena parte de su articulado y acepta que el Estado pueda predicar el carácter básico de normas reglamentarias y actos de ejecución centrales (y no solo de normas con rango de ley), es un ejemplo destacado del peso de la filosofía centralista en sus decisiones.

5.2. La dinámica política y, en particular, la partidocracia

Las constituciones no son redactadas para operar en una cámara de vacío sino en la realidad. Por tanto, no contar con la dinámica política es otro fallo. Dicho de otra manera: los problemas surgen tarde o temprano, pero si desde el principio no se prevé que esto pueda pasar, fácil es imaginar lo que sucederá.

La autonomía, más aun que el federalismo, es un sistema frágil y, en último término, desequilibrado a favor del Estado. Así como la democracia no puede funcionar bien sin demócratas, la autonomía no puede funcionar bien sin una actitud autonomista sin ambages por parte de los grandes partidos.

Aquí, como en otros aspectos de la vida constitucional, las reglas del juego las impone el más fuerte, que es el Estado. Los partidos imponen una férrea disciplina de voto. Su control sobre los ejecutivos y legislativos autónomos es, a menudo, total. Como los partidos de ámbito estatal tienen tendencias

³¹ *Vid.* España, Tribunal Constitucional, STC 31/2010, de 28 de junio de 2010. El *Estatut* sería el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado el 19 de julio de 2006.

centralistas (aunque no todos por igual), en las regiones donde no existen partidos nacionalistas con fuerte implantación la autonomía queda al arbitrio de los dos grandes partidos estatales que, mediante las correas de transmisión internas, tienden a reducirla a descentralización administrativa o administración delegada, lo que produce nuevos problemas.

Primero, el Estado practica un tratamiento muchas veces discriminatorio: cede solo en lo necesario, pero la creación de esa necesidad se logra por presión, la cual no pueden ejercer por igual todas las Comunidades Autónomas. Segundo, se aprovecha la coincidencia de partido entre los ejecutivos autónomos y central, cuando la hay, para practicar algo así como un recorte práctico de competencias. Paradójicamente, las Comunidades Autónomas ejercen más autonomía cuando en Madrid hay un gobierno de signo contrario, porque no puede dictarle instrucciones internas.³² Como ya explicamos, el Senado no tiene función alguna de importancia y no representa a las comunidades autónomas sino a las provincias; en la realidad, tampoco a las provincias, sino a los partidos. Estos son los mismos que deciden en el Legislativo central y en muchos legislativos autónomos, en el gobierno central y en muchos gobiernos autónomos, como también en diputaciones provinciales y ayuntamientos. Así, no es raro que las campañas a las elecciones autonómicas se planteen más como elecciones parciales entre comicios generales, centradas en los problemas de toda España, que como elecciones de dimensión verdaderamente autonómica.

El sistema electoral también ha favorecido el bipartidismo, con la excepción de Cataluña, Euskadi, Canarias o Galicia. Por eso, las pocas Comunidades Autónomas con partidos capaces de hacer sentir su peso en el Legislativo central reciben un trato de favor indisimulado... siempre que el gobierno central necesite sus votos. En este contexto, no es inhabitual percibir cómo los grandes partidos anteponen su interés al de las Comunidades Autónomas cuando gobiernan en ellas (con matices y según los casos). La suma de no

³² Debemos matizar también que la personalidad del presidente autonómico de que se trate, o la del propio presidente del gobierno central, así como la coyuntura del momento (como la actual crisis económica), harán que, según los casos, la intervención estatal sea mayor o menor. Por otro lado, no podemos dejar de mencionar la singularidad catalana, puesto que cuando el Partido Socialista gobernó en Cataluña, los conflictos con la dirección estatal del Psoe fueron evidentes y continuados, fundamentalmente en el proceso de elaboración del nuevo *Estatut*.

buscar el bien público más gobernar a corto plazo, tan común en la España de hoy, vuelve muy difícil definir un esquema territorial de futuro; de hecho y teniendo en cuenta esos factores, la actual experiencia territorial española pudo haber resultado mucho peor.

Así las cosas, las Comunidades Autónomas que carecen de partidos políticos propios, en general están condenadas a disfrutar de menos autonomía (si no es el propio gobierno regional quien se encarga de reducir el autogobierno, como en Galicia desde 2009 bajo gobierno del PP; actitud que sería inconcebible en Alemania). Esto no se cumple en Estados Unidos porque los partidos no tienen disciplina interna, la cual, como en todos los presidencialismos, tampoco es necesaria para que el presidente se mantenga en el cargo; tampoco sucede en Escocia ni en los *Länder* alemanes, aunque su modelo sea parlamentario.

Por otro lado, las elecciones generales de 1993, 1996 y 2004 produjeron un Legislativo fragmentado, con partidos de ámbito estatal menos fuertes y partidos nacionalistas más fortalecidos. En casos así puede ocurrir que un partido centralista aparezca en sintonía, por ejemplo, con los nacionalistas catalanes, produciendo así más discriminaciones y mayor desunión que el federalismo anatematizado por esos mismos centralistas. De esta manera, con una Constitución que, en principio, solo permite autonomía, y no mucha, el sistema de partidos puede producir la paradoja de que una Comunidad Autónoma, en ciertas circunstancias, obtenga del Estado más que lo que obtienen por encima de su *status* constitucional los estados miembros de alguna federación. Pongamos un ejemplo: que California (o cualquiera) tenga su propia judicatura no debilita a los Estados Unidos ni agravia a los demás estados, pues todos la tienen; que Cataluña consiga una agencia tributaria propia por ejercer una presión que otros no pueden, puede resultar discriminatorio y erosionador de toda idea de bien común o interés general. Así, el sistema español está en permanente negociación según haya sido el resultado de las últimas elecciones, lo que sería inconcebible en cualquier federalismo y genera una desazonadora impresión de *neverending story* e inestabilidad. Por eso el estado unitario-autonómico español es (relativamente) centralizado pero inestable, frente a la estabilidad de la que gozan los modelos federales aunque sus estados miembros tengan sensiblemente más poderes. Una vez más, estabilidad del sistema territorial no es igual a centralismo.

5.3. La insuficiente participación de las regiones en el gobierno y legislación centrales

Las comunidades autónomas españolas no participan en la gobernación de España porque la única institución o canal para ello es el Senado que, como queda dicho, no representa a las Comunidades Autónomas ni tiene competencias. Los únicos casos de participación efectiva, del partido catalán *Convergència i Unió*, se dieron cuando un gobierno central débil necesitó los votos de la poderosa minoría catalana (como en las legislaturas de 1993 y 1996), aunque no llegó a entrar en el Ejecutivo. Estamos ante uno de los defectos del Título VIII de la Constitución Española: no hay participación autonómica, ni instituciones para ese fin, ni órganos de las Comunidades Autónomas en las instituciones del Estado.

Los federalismos centroeuropeos suelen fomentar la cooperación y participación de los *Länder* en la gobernación general. Sus estados miembros pueden por sí solos hacer menos cosas que los norteamericanos o canadienses pero participan más en la toma de decisiones generales. En cuanto a las dos dimensiones —independencia/participación— el modelo centroeuropeo es como una filosofía que admite la cesión de independencia, o más bien de autogobierno —esto es, competencias exclusivas regionales— a cambio de participación, filosofía típica de los federalismos cooperativos.

Por el contrario, nuestro modelo territorial carece de una filosofía definida. Al principio, parecía imponerse el axioma ‘la menor autonomía para el menor número’, en el que el partido entonces gobernante (la Unión de Centro Democrático) dificultaba la autonomía incluso a regiones tan conspicuas como Galicia o Andalucía; luego, la máxima pasó a ser ‘poca autonomía pero para todos’ (un pequeño avance), con la generalización de la denominación ‘café para todos’ que se desarrollaría bajo los gobiernos del PSOE; desde el gobierno de Aznar (fundamentalmente en su segunda legislatura) las posiciones centralizadoras se han acentuado y los avances (limitados) puestos en marcha durante la presidencia de Zapatero, como la instauración de la conferencia de presidentes autonómicos o el fomento de la participación autonómica en la Unión Europea, no han tenido gran recorrido.³³

³³ Hasta ahora se han celebrado cuatro conferencias de presidentes autonómicos en los años 2004, 2005, 2007 y 2009, estando prevista la quinta en el mes de octubre de 2012. El Reglamento interno de la conferencia de presidentes fue adoptado a través de la Orden TER/3409/2009, de 18 de diciembre,

El sistema español no está pensado para la participación autonómica —y por eso le cuesta institucionalizarla— ni para la colaboración libre y en pie de igualdad entre Estado y regiones ni, menos aún, para la colaboración entre comunidades autónomas. Con todo, en los últimos veinte años la colaboración entre el Estado y regiones ha aumentado por la vía de las negociaciones bilaterales: cada comunidad autónoma negocia separadamente con el Estado. Este no negocia, por lo general, con todas a la vez, con el resultado de que a veces los acuerdos o leyes son como fotocopias del primero que se haya firmado. De hecho, en 1997, cuando se hizo la reforma para ceder tributos estatales a las Comunidades Autónomas (una de las condiciones para que los nacionalistas catalanes apoyaran la investidura de Aznar en 1996, cuando no gozaba de mayoría absoluta), en vez de una ley para todas las comunidades afectadas se hicieron otras tantas leyes, todas de 4 de agosto de ese año, con el mismo nombre e iguales en lo esencial: la 25/1997 para Aragón, la 26/1997 para Asturias, la 27/1997 para Baleares y así alfabéticamente hasta la 36/1997 para Valencia. El espíritu de la prohibición constitucional de federarse las regiones pervive.

Hay también casos de negociación con todas las regiones, dando lugar a órganos mixtos sobre todo en materias como sanidad y educación (las más importantes de las competencias autonómicas) siendo la principal creación las Conferencias Sectoriales,³⁴ reunión de cada ministro con los consejeros³⁵ homónimos de todas las comunidades autónomas, pero no han sido un éxito y dependen de la convocatoria ministerial; o bien el Consejo de Política Fiscal y Financiera. Es frecuente que los consejeros de las regiones con gobierno

disponiendo, entre otras cosas, que se celebren una vez al año (periodicidad que no se está cumpliendo) y que corresponde al presidente del gobierno determinar la fecha y el orden del día. Pueden solicitar su celebración de forma extraordinaria los presidentes autonómicos, aunque para ello han de ser mayoría. Además, los acuerdos deberán ser adoptados por consenso. Todo ello hace que la agenda quede en la práctica en manos del gobierno central, que muchas veces preferirá evitar temas espinosos.

³⁴ *Vid.* art. 4 de la Ley 12/1983 del Proceso Autonómico; también la Ley 30/1992 recoge esta vía de colaboración entre la administración central y autonómica, recogiendo también la posibilidad de establecer convenios y planes conjuntos (arts. 5-8).

³⁵ Los consejeros de los gobiernos autonómicos equivalen a los ministros del gobierno central. Su nombre varía algo de una Comunidad Autónoma a otra: *conselleiros* (Galicia), *consellers* (Cataluña, Valencia y Baleares). Al revés que en los *Länder* alemanes, no se llaman ministros para marcar la inferioridad de las comunidades autónomas respecto del Estado.

socialista sigan todos una misma postura, mientras que los de regiones del Partido Popular hacen lo propio pero a la inversa, con lo que se comportan más como representantes de su partido que de su Comunidad Autónoma. En ocasiones, la jefatura central del partido al que pertenece el gobierno regional convoca a todos los consejeros a una reunión previa en la sede central del partido y les da instrucciones, anulando así toda dimensión territorial. Fácil es comprender que si en el *Bundesrat* alemán se hiciera así, de poco serviría.

Como dijimos, hasta hace poco tampoco existía órgano ni procedimiento serio para las relaciones entre comunidades autónomas —como las conferencias de ministros-presidentes en Alemania— y aún ahora, su periodicidad y funciones dejan mucho que desear. No sabemos exactamente la causa de esta ausencia de organismos y vías de participación y cooperación, aparte de la general desconfianza central hacia lo autonómico. Entre otras, de manera plausible, la intención de dificultar que las regiones hagan grupo frente al gobierno central o el deseo de reducir al mínimo las necesidades de encontrarse con todas ellas cuando les afecte una política estatal. Sea como sea, ha dado lugar a un sistema autonómico poco cooperativo. Puede que dividir las regiones sea mejor para vencerlas, pero este planteamiento las ‘centrifuga’ y les impide implicarse en la gobernación española, lo cual tendría un efecto integrador. Si esta formulación fue concebida para no arriesgar la cohesión española, el efecto ha sido el contrario: en España no hay *Bundestreue* (lealtad federal) ni equivalente, ni por parte de varias de las regiones ni, lo que es más grave, por parte del poder central.³⁶ La experiencia demuestra que las cosas son como si el bien público de España apenas existiera (salvo en tragedias como el atentado terrorista del 11 de marzo del 2004): la región que puede conseguir algo aprovecha la ocasión; incluso es discutible que el Estado, a pesar de las palabras, sea muy solidario con las regiones. Los partidos políticos gobiernan atendiendo a sus ‘caladeros’ territoriales de

³⁶ Puede hallarse en alguna sentencia constitucional una especie de ‘lealtad autonómica’, *vid.* STC 18/1982, de 4 de mayo. El actual gobierno del PP, en el poder desde fines de 2011, disimula poco su enemistad hacia las Comunidades Autónomas, y ha dado indicios de planear su supresión o quizá más bien su aminoración hasta niveles de mera descentralización administrativa. No hay ahí mucha lealtad constitucional, evidentemente. En el momento de finalizar el presente trabajo, la irrupción del independentismo catalán hace pasar a segundo plano esos reales o supuestos propósitos centrales, los cuales, de ser ciertos, servirían solo para echar más leña al fuego de la hoguera independentista.

votos (el PSOE a favor de Andalucía, el PP a favor de Madrid) y es el primero en no practicar la lealtad.

Además, durante la Convención que en el período 2002-2003 preparó el Proyecto, luego fallido, de Constitución Europea, los representantes del gobierno y del Partido Popular se distinguieron por su esfuerzo para impedir que las regiones españolas (y el resto de las europeas) tuvieran más y mejores canales de participación en la Unión Europea.³⁷

5.4. El nuevo tablero de juego supranacional no fue tenido en cuenta

La actual crisis económica está produciendo el curioso efecto de que el mismo Estado que intenta reasumir competencias que estaban en poder de sus comunidades autónomas, pierde sin pestañear soberanía, y a gran velocidad, a manos de la Unión Europea y el Fondo Monetario Internacional. Las amenazas más serias a la supervivencia del Estado español no vienen de unas regiones díscolas sino de fuerzas supraestatales ante las que España puede poco y parece dispuesta a luchar menos.

La Constitución Española se confeccionó en 1978 pensando en ingresar en la Unión Europea, que entonces ya tenía decenios. A pesar de ello, los redactores ignoraron que los desarrollos europeos habían dado ya lugar a un nuevo tablero de juego, un nuevo teatro político con varios actores (Unión Europea, Estados, regiones). El nuevo escenario tiene dos rasgos: primero, ninguno de los actores tiene competencia universal ni exclusiva, y, segundo, además tiene varios niveles. De ahí la “gobernación multinivel” y el “constitucionalismo multinivel” (*multilevel governance, multilevel constitutionalism*) sostenido entre otros por Pernice, según el cual existiría una constitución europea en dos (o más) capas constitucionales interdependientes.³⁸ En este nuevo mundo la política no es monista, sino que emana de distintos centros y se desarrolla a múltiples niveles: la Unión Europea, los Estados y (no en

³⁷ La Declaración de Laeken y sobre todo, el *Informe Lamassoure*, previos a la Convención, atendían mucho a las regiones, a su participación en la construcción europea y al principio de subsidiariedad. El gobierno español asumió la tarea de desactivar sus potencialidades. Con todo, y para hacer justicia al principal representante del Partido Popular en la misma, Íñigo Méndez de Vigo, hay que señalar que formuló y defendió el llamado sistema de ‘alerta temprana’, pensado para dar protagonismo a todos los parlamentos nacionales, sin excluir los regionales (aunque esto último con ambigüedad).

³⁸ *Vid.* Pernice, Ingolf, “Multilevel constitutionalism in the European Union”, en *European Law Review*, vol. 27, 2002, pp. 514-515.

todos los Estados) las comunidades autónomas, regiones o *Länder*. En este escenario pluralista y multinivel comentaremos la incidencia de la entrada de España en la Unión.

Por un lado, la adhesión a la Unión Europea supone para las regiones una pérdida de competencias, puesto que las que pasaron a la Unión por vía del artículo 93 de la Constitución (según la doctrina constitucional se cede el ejercicio, no su titularidad) eran, conforme al marco constitucional existente, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas.³⁹

Por otro, dejando aparte la pérdida de competencias, la pertenencia a la Unión Europea es positiva para las regiones. Primero: la Unión las convierte en actores (aunque modestos) de un gran escenario europeo y les da un lugar en un (modesto) parlamento europeo de las regiones sin capacidades decisorias, el Comité de las Regiones. Segundo, se crean foros y asociaciones de regiones europeas. Tercero, toman fuerza las regiones transfronterizas situadas a caballo de dos Estados. Por último, la entrada en 2004 de muchos nuevos Estados más pequeños, pobres y con menos peso específico que algunas regiones probablemente reforzará la posición de estas a largo plazo. Por ejemplo, da un argumento a Cataluña —en realidad no solo a ella— para pedir la oficialidad de su idioma en Europa (que tal pretensión triunfe o no es otra cuestión).

En general, es posible que la pérdida de competencias quede compensada por las posibilidades de participación en un ‘juego’ en el cual se cede independencia a cambio de participación, no siendo, por tanto, de suma cero.

5.5. Valoración general del modelo territorial del Título VIII

Actualmente se percibe en la opinión dominante una valoración negativa del modelo territorial español (no era así hace unos años), sobre todo por la ambigüedad, aunque no toda ambigüedad tendría que ser, en un terreno como éste, necesariamente perjudicial. El Título VIII es ambiguo porque no aclara el modelo, ni las competencias, ni el número de Comunidades Autónomas (ni siquiera se nombran porque no se sabía cuántas se acabarían formando),

³⁹ *Vid.* en este sentido la STC 76/1991, de 11 de abril, que otorgaba la aplicación del Derecho Comunitario en España a aquel que fuera el titular de la competencia afectada por la normativa comunitaria (el Estado o las Comunidades Autónomas).

pero la ambigüedad formal e institucional no es total, como lo prueba que sin reformar la Constitución España no puede hacerse federal, reconocer un poder judicial propio a las regiones o admitir la potestad tributaria originaria de estas.

El Título VIII padece otra clase de ambigüedad de fondo y más grave. España sigue siendo centralista, las Comunidades Autónomas tienen poca capacidad de decisión, pero al mismo tiempo España posee pocas instituciones aglutinadoras, pocos elementos centrípetos, mientras que los tiene, y no pocos, centrífugos. La paradoja es más aparente que real: tener regiones con pocos recursos o pocas competencias sustanciales es compatible con que haya pocos foros o instituciones aglutinadores o centrípetos. Tienen razón los que sostienen que el sistema territorial español necesita más cohesión, y no les falta a los nacionalistas periféricos cuando se quejan de centralismo y pocas competencias. ¿Cómo pueden ambos tener razón a la vez sin ofender el principio de no contradicción? Porque puede haber elementos disolventes, puede haber insolidaridad y desigualdad entre los territorios, puede el bien común no existir o no percibirse, y pueden al mismo tiempo las regiones carecer de competencias tan elementales como judicatura o policía. Pueden algunos territorios no pensar en el interés general de España y puede no hacerlo tampoco el Estado, pues nada garantiza que por ser Estado haya de hacerlo automáticamente, como pretende el estatismo. Así, si algunas regiones aspiran a competencias que cualquier federalismo de manera pacífica admite⁴⁰ tengan que situarse en el límite de lo dispuesto por la Constitución o adoptar una postura extra o anticonstitucional.

La realidad es que, en general, no hay muchas competencias regionales sustanciales. Podría, entonces, suponerse que la otra cara de la moneda se cumplirá de modo automático, esto es, que habrá mucha cohesión e igualdad territorial. Pero, como venimos insistiendo, no hay una conexión necesaria entre ambas cosas; no son las dos caras de la moneda. La suma de centralismo y débil autogobierno regional, por un lado, no equivale automáticamente a justicia, solidaridad y cohesión por el otro; de ser así, los Estados Unidos y Alemania serían los Estados más desarticulados en lo interno y más insolidarios del mundo, mientras que Perú, Grecia o Portugal, los que menos.

⁴⁰ Como las competencias en Derecho penal, que, exceptuando drogas y armas, Escocia posee; o la judicatura y policía propia, o la potestad tributaria.

La tradicional España centralista era centralista pero territorialmente injusta, como también Portugal, Grecia o Irlanda. Como se dice coloquialmente en Colombia, ‘la mermelada nunca se extendía por igual en toda la tostada’, por mucho que la tostada fuera única y sin divisiones internas, sino que tradicionalmente se beneficiaba a Madrid, Cataluña y el País Vasco. En el esquema español, aspectos, elementos o tendencias centrífugas o disolventes, no faltan. ¿Cuáles son? No queremos decir que haya instituciones establecidas con el objeto de dar lugar a un efecto disgregante o centrífugo. Este es más bien el resultado de acciones o dinámicas políticas y de algunas normas jurídicas: asimetrías —disolventes cuando no tienen una muy clara justificación o un arraigo histórico que las vuelva naturales— discriminaciones, cesiones del gobierno central ante minorías regionales que a veces representan muy pocos votos, como Coalición Canaria, sin más argumentos que necesitar esos escaños para tener mayoría en las Cortes Generales. Como señalábamos, no hay principios comúnmente aceptados como el de subsidiariedad o la lealtad federal y el Estado, si puede, se muestra remiso incluso en la entrega de transferencias debidas.

Pero, repitémoslo, no es que haya instituciones formalmente centrífugas o disgregadoras; lo que hay es ausencia de instituciones, foros o espacios inclusivos que aglutinen: no hay un *Bundesrat*; no hay un tribunal supremo o constitucional que resulte de la agregación de jueces regionales; no hay en la Constitución canales para que las Comunidades Autónomas tomen parte en la gobernación española ni en la europea.⁴¹ Esto es importante porque nos permite concluir que, si deseamos cohesionar y aglutinar los diversos territorios que forman España, hacer que todos vayan en el mismo barco, no basta con impedir que sean fuertes y a continuación esperar que la cohesión se produzca de una manera natural como la lluvia, sino que las constituciones tendrán que crear ágoras, procedimientos e instituciones para ese fin, y el primero que deberá dar ejemplo es el gobierno central. Quizá la principal actividad integradora en la España de hoy sea el fútbol. Además, tampoco abundan los medios de comunicación que cumplan una función de aumentar

⁴¹ Respecto de la europea, esas instituciones han sido creadas después (como la Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea), lo que fue un innegable progreso, pero quedan lejos de las equivalentes danesa, austriaca o alemana.

la cohesión; más bien hay varios que difunden por toda España una visión central que no busca acomodarse con el resto sino asimilarlo.

Los gobiernos centrales se resisten a admitir que —por ejemplo— una conferencia de presidentes autonómicos con poderes reales, aunque incómoda para el gobierno central, los aglutinaría, los haría subir al mismo barco. En esto, como en otros terrenos, a España le cuesta incluir la diversidad. Sigue sin comprender que eso es lo que hace grande a la cultura política anglosajona, aunque cada poco se esté mostrando algún acontecimiento de relieve global como el Jubileo de la Reina y los Juegos Olímpicos de Londres. Si para formar la voluntad del Estado se necesita la cooperación de todas las regiones, la necesidad las obligará a cooperar y subirse al carro común, aunque quite al gobierno central posibilidades de imponer su voluntad unilateralmente. En la situación actual nada obliga a las regiones a colaborar; solo a reclamar y protestar cuando desean algo, de forma que el sistema tiende a estar siempre en tensión, es como un generador de tensiones, no de soluciones ni, menos todavía, de proyectos comunes.

También las estrategias utilizadas por los sucesivos gobiernos centrales han solido ser más divisivas que integradoras: favorecer a las municipalidades para que resistan a sus gobiernos regionales; apoyar a Álava para que se constituya en ariete contra el gobierno vasco; favorecer a Valencia para debilitar a Cataluña, y así sucesivamente. No tienen en cuenta que la suma de muchas políticas divisivas nunca producirá una gran política integradora de toda España. Tampoco comprenden que conceder algo, aunque sea de poca trascendencia, solo a aquéllos que protesten, debilita más a España que conceder a todos bajo unas reglas de juego comunes algo importante (por ejemplo, un poder judicial regional propio bajo un tribunal supremo o constitucional central que unifique las jurisprudencias).

Otro error de perspectiva es confundir el disminuir las competencias del gobierno central con debilitar a España. Involucrar a todos los gobiernos regionales en la gobernación de España podría disminuir el margen de maniobra del gobierno central pero aumentaría la cohesión del conjunto. Hay aquí una profunda cuestión de filosofía política que quizá ni siquiera se haya comprendido: *asociar* a los otros a mi gobierno o proyecto, en vez de *someterlos* o incluso *asimilarlos*, puede reducir mi margen de maniobra pero al final fortalece ese proyecto o gobierno, como señalaba el fallecido Sir Bernard Crick

citando a Maquiavelo a propósito de Roma.⁴² En la República romana las elites senatoriales asociaban al pueblo a la tarea de dirigir la *civitas* ('los muchos consintiendo y los pocos gobernando'); incluso ya en el Imperio Claudio defendió nombrar senadores romanos de entre los otrora vencidos galos; la leyenda decía que Rómulo había sentado a su mesa por la noche a quien había combatido por la mañana en el campo de batalla. Y algo parecido permitió al Reino Unido organizar el mayor imperio que ha existido empleando un número de funcionarios y militares relativamente pequeño. En nuestro caso: admitir otra visión de España diferente de la hoy dominante —por ejemplo, como una federación o una nación de naciones bajo la Corona— puede ser negativo para la actual visión oficial de España, pero no para España como tal; mientras que no admitirla puede invitar a sus defensores a no involucrarse en el proyecto español.

Las competencias son otro de los aspectos que más problemas plantea, pues la suma de todas las listas constitucionales y estatutarias, más la legislación y jurisprudencia, produce un confuso *pandemonium* de competencias que vienen a ser casi todas compartidas (las autonómicas), quedándose el Estado con la parte del león, hasta que la ceda a la Unión Europea.

Hoy no parece exagerado decir que el Título VIII no puede fácilmente hacer frente a los desafíos de los nacionalistas periféricos y tampoco, en el extremo contrario, a los de los nacionalistas españoles. Y, en otro terreno diferente por completo, tampoco a los derivados del constitucionalismo multinivel continental en que ya vivimos.

El esquema territorial español parece no poder dar mucho más de sí y está lleno de defectos, algunos congénitos, pero en los pasados decenios ha prestado innegables servicios. Por eso, y a pesar de la general crítica, hay que hacerle justicia: ha posibilitado la autonomía de las distintas partes del territorio, dándoles una voz política que no habían tenido prácticamente nunca en la historia del Estado español; ha incorporado a nuestra cultura política, por primera vez en siglos, una modesta dosis de pluralismo territorial, rompiendo el monismo y el monopolio del poder por el centro. Ahora la cuestión es si las regiones tienen pocas competencias; antes no existían regiones para el Derecho público español. Ciertamente que algunas Comu-

⁴² Vid. Crick, Bernard: "La tradición clásica y la democracia parlamentaria moderna", en *Revista de Ciencia Política*, vol. X, nº 2, (1988), p. 20.

nidades Autónomas son muy artificiales (Madrid, o quizá, en menor grado, La Rioja), pero, una vez que existen, lo democrático es dejar a sus ciudadanos decidir —y asumir las consecuencias de sus decisiones, comenzando por las económicas—. El Título VIII no es perfecto pero sí perfectible, y es menos malo que lo anterior (aunque de ahí no se deduce que tal como está sirva para el futuro). Vistos los resultados de la mayor parte de los federalismos en comparación con la mayor parte de los centralismos, probablemente lo mejor para España fuese pasar de modo abierto a un modelo federal, aunque ello implicase una reforma constitucional.⁴³

6. ¿Cuál es el mejor modelo territorial?

Antes de responder, aclararemos que partimos de un hecho probado y de experiencia universal: la tendencia al crecimiento de todos los poderes centrales, como podemos ver ahora en la Unión Europea, poderes que son también supraestatales. La globalización avanza y cuanto más avanza, más necesidad tenemos de autogobierno, incluso en comunidades políticas pequeñas. La globalización no es totalmente nueva (aunque su inmediatez sustentada en las nuevas tecnologías, sí) y de las anteriores experiencias (el Imperio Romano, la Edad Media) podemos deducir un rasgo importante: no puede ser homogénea ni llevarse a cabo en todos los terrenos o en todas las actividades por igual. Debe haber materias globales y, por otro lado, materias continentales, estatales o locales; sin olvidar que habrá algunas, como el medio ambiente, que probablemente serán en uno u otro aspecto locales, regionales, estatales, continentales y mundiales.

La globalización hace a las comunidades políticas menores más necesarias que nunca si queremos evitar la uniformidad universal y preservar la libertad y el pluralismo, si bien sus poderes territoriales nunca serán auténticos Estados como Prusia o Francia en el siglo XIX. La globalización, que es inevitable y ya está aquí, debe hacerse de un modo que *acomode*, sin *eliminar*, las diversas instancias de poder. En el Imperio Británico los colonizadores practicaban lo mínimo de gobierno directo, acudían masivamente al gobierno indirecto e

⁴³ E incluso, dentro de un marco federal, las singularidades derivadas de las características propias de Cataluña, Euskadi o Galicia nos llevan a pensar que encajarían mejor en un federalismo como el norteamericano o el canadiense, si bien somos conscientes de que el paso a un modelo federal cooperativo tendría previsiblemente menos dificultades para llevarse a cabo y encontraría menos resistencias.

interferían lo mínimo en los ordenamientos jurídicos locales (mientras fuesen compatibles con los objetivos básicos de la colonización, que no podían ser puestos en cuestión). En sus colonias, los ingleses fomentaban el autogobierno de los territorios nativos y de los entes políticos menores; al revés que el Imperio Español, que fue muy laudable en otros sentidos, pero regulaba todo minuciosamente desde la Corona, con el resultado de un masivo ‘se acata pero no se cumple’.

Los modelos territoriales disponibles y que pueden ser llevados a la práctica no son demasiados. Desde que el hombre político inventó las comunidades políticas hasta hoy, ha dado una cierta cantidad de soluciones al problema de cómo organizar políticamente el territorio cuando no es pequeño ni homogéneo: *polis*, *civitas*, ligas, imperios (romano, medieval, británico, otomano), feudalismo, fueros, monarquías múltiples, uniones personales, Estados, confederaciones, federalismos, centralizaciones, descentralizaciones, etc. La *polis* y la *civitas* eran pequeñas y homogéneas, por lo que tienen para nosotros ahora un interés solo relativo, y algo parecido puede decirse del Estado, al menos en su versión unitaria.

Por tanto, lo esencial ya está inventado (aunque no todas las posibles combinaciones) y felizmente para nosotros disponemos de precedentes históricos para inspirarnos en ellos, si lo deseamos. Con base en ello podemos comprobar cómo no estamos solos ni somos los únicos que nos hemos tenido que enfrentar con estas cuestiones, y que la historia es maestra de la vida (aunque no dictadora de soluciones).

Dicho esto, hay que admitir que la mayor parte de aquellas soluciones ensayadas por el hombre político no son muy viables hoy: fueros (excepto donde tengan un arraigo histórico vivo), feudalismos, monarquías múltiples, *polis*. En la práctica casi tenemos que limitarnos a la independencia, el estado libre asociado del tipo puertorriqueño, el federalismo (en alguna de sus versiones), al centralismo o a la autonomía territorial (en alguna de sus versiones).

En cuanto a la pregunta que encabeza este epígrafe, el Derecho y la Ciencia Política no propenden por emitir juicios en abstracto ni en el vacío (‘el mejor sistema del mundo es X’; ‘la Constitución española de 1812 era buena en teoría, pero no lo fueron sus circunstancias’) porque ambas son ciencias de la realidad en el sentido aristotélico y porque el Derecho es para resolver litigios, para decir *hic et nunc* de quién es la vaca, si de Aulio Agerio o de Numerio Negidio, como dirían los romanos. Con todas las precauciones,

en principio el federalismo parece más democrático (hay en él más gobierno del pueblo), más liberal (en el sentido de mayor división del poder) y más conforme con el constitucionalismo (más sumisión a reglas), pues viene a ser como la democracia y el liberalismo aplicados a los diversos territorios de una comunidad política con heterogeneidades internas.

Esta preferencia de principio por el federalismo debe ir acompañada por el sentido común. No queremos decir que Irlanda (por ejemplo), pequeña de tamaño, con poco más de cuatro millones de habitantes y culturalmente homogénea deba dejar de ser unitaria para convertirse en federal. Si el Estado unitario va bien en Irlanda, el sentido común aconseja lo mismo que el refrán anglosajón: ‘si algo no está roto, ¿para qué arreglarlo?’.⁴⁴ Ahora bien, en España es claro que dicho refrán no es de aplicación hoy, porque desde hace unos doscientos años el problema territorial no deja de hacerse presente cada pocos decenios o años, y a veces con violencia. En estas condiciones, y en un país que a diferencia de Irlanda o Portugal ya tiene planteado el problema de la opción territorial, lo que parece más aconsejable o con menos inconvenientes sería el federalismo, y en particular el de tipo norteamericano o alguna fórmula inspirada en él. Explicaremos a continuación por qué.

6.1. ¿Federalismo, centralismo o autonomía regional?

Caben diversas posibilidades combinatorias acerca de las cuales solo la realidad aconsejará bien, pero en principio son preferibles los esquemas claros. El Derecho constitucional comparado muestra gran variedad de situaciones, desde el Estado Libre Asociado de Puerto Rico y las colonias autogobernadas de la *Commonwealth* británica hasta la limitada descentralización chilena, pasando por los diversos federalismos, por las diversas modalidades de autonomía (Italia, España, Azores y Madeira, Escocia, Gales e Irlanda del Norte), las actuales regiones francesas, las islas Aaland en el Báltico o las Feroe en el Atlántico norte. El supermercado constitucional ofrece muchas variantes, pero en la realidad, como en los supermercados reales, las que interesan no son demasiadas, sobre todo si descartamos la completa independencia y el

⁴⁴ *If it is not broken, why fix it?* En cuanto al fondo, no es que en las comunidades políticas pequeñas y homogéneas no pueda haber federalismo, pues el pequeño Principado de Andorra es federal (es una federación de siete parroquias, situada en el Pirineo, entre Francia y España, con unos 90.000 habitantes y 468 kilómetros cuadrados).

completo centralismo; no porque sea imposible que se produzcan sino porque en caso de acudir a cualquiera de esas soluciones el problema de articular territorios plurales desaparece.

Hemos dicho que en principio el federalismo parece superior, pero la flexibilidad y el sentido común sugieren atender siempre a la realidad. Por ello defendemos que el federalismo es válido para espacios medios e incluso pequeños, pero admitimos que si —por hipótesis— a Portugal, pequeño y monocultural, le va bien el centralismo, y no hay corrientes sociales importantes que se opongan,⁴⁵ no tendría demasiado sentido defender allí un movimiento federalista.

Incluso en países carentes de problemas territoriales, el federalismo es aconsejable porque libera energías y acerca el gobierno a los ciudadanos. Ciertamente, presenta también problemas, como las tendencias a la endogamia en las unidades pequeñas, pero el balance global (en la medida en que puede hacerse) de los federalismos es más favorable que el balance de los centralismos que hay por el mundo. En todo caso, el federalismo, considerado como mera forma de organización, sirve para cualquier territorio que lo desee implantar, aunque sea pequeño, monocultural y monocefálico. En 1776 las Trece Colonias norteamericanas eran bastante homogéneas internamente y tenían muy pocos habitantes. Incluso dentro de Escocia, Galicia, Andalucía o Cataluña puede haber federalismo si la gente lo desea; basta con que prefieran comenzar a construir la casa por abajo y prefieran el autogobierno y el pacto en todos los niveles.

De las objeciones españolas contra el federalismo algunas pueden ser descartadas sin más argumentación: así, que es negativo para la economía, no soporta el contraste con la cantidad de federalismos existentes en la Europa rica, en el G8 y en el G20 frente a la cantidad de centralismos pobres o atrasados. Que conduce a la ruptura de los países no casa con el hecho evidente de los Estados Unidos o Alemania no están más próximos a romperse que España. Que solo debe implantarse donde los Estados miembros son grandes no se cumple en New Hampshire, Connecticut, Vermont o la minúscula Rhode Island. Por último, la objeción de que produce un número de funcionarios públicos económicamente insoportable y sensiblemente mayor que

⁴⁵ Que el panorama territorial sea o no perfecto en Portugal es otra cuestión abierta a la discusión; aquí queremos subrayar la necesidad de evitar el dogmatismo.

los Estados unitarios es desmentida por el hecho de que Francia, Portugal o Grecia tienen muchos empleados públicos. Por alguna razón más perteneciente a la psicología social que al Derecho constitucional, los no pocos españoles que hoy se oponen a las Comunidades Autónomas dan por supuesto que el centralismo, cuando vuelva, no tendrá defectos: omiten las bondades de las regiones autónomas, subrayan sus defectos, y, así deformadas, las comparan con un centralismo imaginario manejado por ángeles.

Que el centralismo puro se esté batiendo en retirada, indica algo. Incluso Francia reconoce una tímida descentralización territorial, aunque sin capacidad legislativa ni jurisdiccional y con escasas competencias de decisión (no tan escasas de aplicación). Muchos de los países ricos son federales,⁴⁶ lo que no quiere decir que por federalizarse vaya un país a enriquecerse *ipso facto* pues en este terreno no hay milagros. Chile es unitario (ahora con una moderada regionalización) y relativamente próspero, talvez por ser monocefálico, pequeño (en habitantes) y monocultural. Es interesante notar que varios de los países federales no son solo prósperos sino además más cohesionados socialmente, más agresivos y competitivos económicamente y más potentes culturalmente. Según los partidarios del federalismo ello se debe a que ese modelo territorial libera energías, hace a las personas e instituciones menores más creativas y crea ‘nichos’ en los que se favorece desde la actividad económica hasta la generación de cultura musical (como no estamos en el mundo de lo mecánico sino de lo argumentativo, huelga decir que los contrarios discrepan y no carecen de argumentos). En el último tiempo los partidarios de las *Federal Overlapping Competing Jurisdictions* (FOCJ)⁴⁷ expanden el federalismo, combinado con las teorías de la *Free Choice*, hasta el extremo; no sabemos con cuántas probabilidades de llevarlo a la práctica.

Advertimos antes que entre nosotros el rechazo al federalismo puede bordear, a veces, la falta de racionalidad (no hay nada de irracional en rechazar el federalismo, que es una preferencia como cualquier otra, sino en la pobre argumentación empleada en España hoy). La actual experiencia del

⁴⁶ En el G8 son federales Estados Unidos, Rusia, Alemania y Canadá; es cuasifederal el Reino Unido (respecto de Escocia, Gales e Irlanda del Norte), y es autonómica Italia. Los Estados con más problemas de la eurozona son unitarios: Grecia, Irlanda y Portugal.

⁴⁷ Vid. Frey, Bruno y Eichenberger, Rainer, *The new democratic federalism for Europe: functional, overlapping and competing jurisdictions*, Northampton, Cheltenham, 1999.

proceso federalizador de la Unión Europea muestra que contiene un puñado de principios, instituciones y otros elementos que necesariamente refuerzan el poder central (y por cierto que lo están haciendo mucho más rápido que en la experiencia norteamericana): los principios de primacía, efecto directo y efecto útil; la cláusula de mercado único; el principio de flexibilidad de las competencias; la necesidad de resolver problemas de ámbito de toda la Unión, o, de manera reciente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. A diferencia de la confederación, el federalismo está en último caso desequilibrado a favor del Estado, y por eso Konrad Hesse decía que ‘Estado Federal-Unitario’ (como se designa a veces la República Federal Alemana) es en cierta manera redundante, pues por ser ‘Estado’ ya es mínimamente ‘unitario’.⁴⁸ La experiencia de la Unión Europea, como la de los Estados Unidos o la de la *Commonwealth* de Australia, como también, *mutatis mutandis*, la actual de España, muestran que difícil es en verdad evitar la centralización, pues los federalismos tienden de por sí a reforzar la unidad (aunque, ciertamente, no tan rápido como desearían los partidarios del centralismo unitario).

6.2. Superioridad, en principio, de los modelos claros

Hemos dicho que la ambigüedad y la oscuridad son defectos del modelo español. Aunque la selección concreta del modelo que conviene a cada país será cosa de estudio de caso por caso, y aunque la cantidad de alternativas y combinaciones que caben entre los modelos más puros de federalismo y centralismo no es escasa en teoría, la experiencia sugiere optar por un modelo claro, pues la vida misma se encargará de aportar complicaciones.

De esta forma, las reglas de juego deberían ser pocas, claras, redactadas en forma más bien negativa (‘las regiones no harán...’) y con referencias a principios claros. A menos que el Estado sea de un unitarismo total y químicamente puro, es aconsejable practicar los principios de subsidiariedad, proporcionalidad (ajustar las intervenciones centrales a las dimensiones del problema) y dejar la última fase de la legislación y ejecución, el *micromanagement* final, a los gobiernos y administraciones más pequeños.

Estamos hablando de reglas de juego claras, y respetadas en primer lugar por el más poderoso. Incluso si se concede o reconoce poco a las regiones

⁴⁸ Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 189-220.

(Navarra durante el franquismo: recaudación de impuestos, administración de carreteras, régimen local y no mucho más), ese mínimo debe estar claro. Además, debe diseñarse un procedimiento para la solución de conflictos, que inevitablemente se darán, evitando su politización (y el Tribunal Constitucional español no es en esto un buen ejemplo), no siendo siquiera imprescindible que el procedimiento sea jurisdiccional. Y dentro de esa claridad debe haber libertad y responsabilidad; todo ente público autónomo, ya sea con autonomía territorial (una región) o institucional (una universidad) debe tener recursos *proprios* proporcionados a las tareas encomendadas, y asumir las consecuencias de sus líneas de gobierno.

Nuestra preferencia por la claridad tiene que ver con la preferencia por el federalismo de tipo americano sobre los de tipo centroeuropeo. El federalismo alemán ha dado excelentes resultados y por tanto no se nos ocurriría sugerir a los germanos que lo abandonasen, pero es un federalismo menos claro, y en el río revuelto es más fácil que ganen los pescadores del poder central, siempre ansiosos de recentralizar (en España). Tanto *Bund* como *Länder* son (tendencialmente) competentes en todo, o en mucho (aunque no en las mismas fases) y los listados de competencias son bastante confusos. El sistema se basa en la cooperación, lo que puede producir confusión y presupone la famosa y ya mencionada *Bundestreue* o “lealtad federal”—cuya inexistencia en algunos países, como España, se puede dar por supuesta—; si falta esa cooperación las partes (y en particular la más poderosa, la Federación o *Bund*) pueden verse tentados de torcer las cosas a su conveniencia. No por casualidad, la reforma constitucional alemana de 2006 aproxima el sistema un poco hacia el modelo dual, pues desaparecen las competencias-marco o *Rahmengesetze* y se abre la posibilidad de que los *Länder* en algunos asuntos se aparten de la línea federal. El modelo alemán de cámara alta es, en principio y *caeteris paribus* superior al americano y más ‘federal’ que éste,⁴⁹ pero en casi todo lo demás la balanza se inclina hacia los Estados Unidos. El federalismo alemán es cooperativo y ello por definición siempre contribuirá algo más a la confusión, todo lo cual, sumado a la universal tendencia al crecimiento de todos los poderes centrales, puede incurrir en el fallo de no garantizar suficientemente a los estados miembros sus competencias. Si el *Bund* y los grandes partidos

⁴⁹ Hasta que los senadores pasaron a ser elegidos por el pueblo directamente (enmienda XVII) fue similar (no idéntico) al alemán.

políticos alemanes desencadenaran una ofensiva recentralizadora como la española (lo que no parece probable a corto ni medio plazo), el autogobierno de los *Länder* quedaría solo protegido por el Tribunal Constitucional y el *Bundesrat*, ambos bien eficaces hasta hoy pero a largo plazo vulnerables frente a una partidocracia como la española, si se diera.

Finalmente, la claridad debe ir acompañada de realismo: el modelo por el que se opte debe ser viable y no solo una elegante construcción teórica que no aguante el peso de la realidad.

6.3. ¿Simetría o asimetría?

El modelo español tal como quedó en 1978 era marcadamente asimétrico e incluso hoy sigue siéndolo, a pesar de la homogeneización que no cesa. En general, las comunidades autónomas históricas y Andalucía defienden la asimetría alegando razones históricas, de identidad, conciencia nacionalista y otras. ¿Cómo va a ser —preguntan— Murcia igual que Cataluña y La Rioja igual que Galicia?⁵⁰

Aquí se defiende la simetría como solución menos problemática. Alemania y Estados Unidos son sistemas territoriales simétricos, el Reino Unido, muy asimétrico; la Unión Europea, también. La experiencia española de estos decenios es que la asimetría es una fuente de problemas y agravios y si el Título VIII de la Constitución no da más de sí no es por su actual simetría (solo relativa) sino por su incapacidad e inadecuación para responder a las radicales demandas de hoy. Está desgarrado entre los nacionalistas periféricos (que piden mayor participación en Europa, mayor autogobierno e incluso, en algún caso, autodeterminación) y los nacionalistas españoles (que pretenden volver a un Estado unitario completamente centralizado).

Seguramente lo menos problemático es la simetría con matices. Maryland es muy anterior a los Estados Unidos pero no se molesta por estar en *equal*

⁵⁰ Esto entroncaría con la denominación de ‘hecho diferencial’ utilizada por el catalanismo durante la época de la Restauración (finales del siglo XIX y principios del siglo XX) y que volvería a adquirir gran relevancia a partir del Pacto Autonómico de 1992, ya que, al igualarse formalmente las competencias de todas las Comunidades Autónomas, se pretendía incidir en que subsistían diferencias más allá de esa igualación. El ‘hecho diferencial’ se sustentaría, por ejemplo, en la lengua, el Derecho civil propio o en un modelo de financiación particular; características que podrían encontrarse, en mayor o menor medida, en Cataluña, Euskadi, Galicia, Navarra, Canarias, Baleares, Valencia y Aragón; *vid.* Aja, Eliseo: *El Estado autonómico...*, *op. cit.*, pp. 169-206.

footing con Alaska, que solo lleva cincuenta años como Estado de la Unión. Utah o Nevada nunca serán California, pero no porque la Constitución las discrimine o se lo prohíba. Aquí defendemos la simetría *formal*, y no en todo, porque puede haber diferencias históricas no homogeneizables: donde nunca hubo Derecho foral, nunca será posible reconocerlo.⁵¹ No es que todos deban tener las mismas competencias, ni siquiera exactamente las mismas instituciones o el mismo sistema electoral; es que la Constitución debería marcar un techo igual para todos; un techo generoso pero bajo el cual todos estén en pie de igualdad: libres para auto-organizarse a su gusto. La simetría no debería significar nunca igualdad por abajo, sino por arriba; por ejemplo, extendiendo a todos unas potestades tributarias como la de Navarra.⁵²

Esa simetría formal nunca impedirá la aparición de asimetrías materiales producidas por la cultura, el dinamismo económico, la identidad, el sentimiento nacionalista, el sentimiento ‘españolista’ o la historia. Las Comunidades Autónomas que nunca han sido un antiguo reino, como La Rioja o Madrid, nunca podrán recuperar instituciones históricas. Las asimetrías que resulten de causas como esa nunca resultarán odiosas para los demás; mientras que, por el contrario, las que se deriven de ceder ante un gobierno regional díscolo resultarán odiosas e insolidarias. Las desigualdades que proceden de ser una región capaz de mayor presión que otras no pueden dejar de agraviar a las demás. Salvo en contados casos como Escocia, en el que la historia ha continuado viva hasta hoy, los sistemas territoriales asimétricos corren el riesgo de favorecer a los fuertes y perjudicar a los territorios que no son capaces de dictar al poder central las reglas del juego.

La simetría que defendemos es muy simple y no quiere decir que las instituciones ni competencias de los diversos territorios sean iguales, sino que la

⁵¹ Por Derecho foral se entiende el privativo de los antiguos reinos, originado a menudo en la Edad Media y por lo mismo muy anterior a la Constitución.

⁵² El pacto fiscal reclamado recientemente por el presidente de la Generalitat, Artur Mas, consistiría a grandes rasgos en la adaptación a Cataluña del convenio fiscal vigente para Navarra y del concierto económico existente en Euskadi. La cuestión vendría a ser que esta concreta asimetría de Navarra y Euskadi es avalada formalmente por la Constitución (a través de su Disposición Adicional Primera), de forma que tendría una aceptación generalizada (al menos tácitamente) por parte del resto de las Comunidades Autónomas. La extensión a Cataluña de este modelo (sin entrar en cómo podría afectar a la recaudación del conjunto del Estado) generaría previsiblemente tensiones entre los territorios, si no se produce una revisión global del sistema con un mínimo de consenso.

constitución federal o central marque un único techo o límite igual para todos, preferentemente enunciado en forma negativa (lo que los estados miembros o regiones en ningún caso podrán hacer⁵³), dentro del cual tendrán plena libertad: tener una o dos cámaras legislativas, subir o bajar los impuestos y así sucesivamente, pues la Constitución norteamericana no dice nada sobre las constituciones, organización ni competencias de los estados. Nuestra simetría con límite negativo no debe insertarse en un esquema con forma de pirámide (en el que todo se deriva de la cúspide), sino en uno con forma de paraguas o techo (en el que la cúspide no es fuente ni origen sino límite que no se puede traspasar).

7. A modo de conclusión

Como expresamos previamente, al valorar el Título VIII de la Constitución Española, el modelo territorial ha de hacer frente en el momento actual a un doble desafío: al de los nacionalistas periféricos que, en gran parte, cuestionan la arquitectura institucional, política y jurídica vigente, a la que ya no consideran válida, y en el extremo contrario, al de los nacionalistas españoles, que no solo defienden de modo formal la inmutabilidad del *statu quo* actual, sino que desprenden en sus actuaciones una clara intención recentralizadora. Además, no podemos olvidarnos del contexto en el que vivimos y del desafío que, en otro terreno enteramente diferente, se deriva del constitucionalismo multinivel europeo.

Por tanto, abogamos por una puesta al día del modelo territorial; actualización que no puede ser simplemente cosmética, pues no serviría de nada, sino sustancial y encaminada al desarrollo de un modelo federal en verdad. En este sentido, la preferencia por un federalismo de tipo genéricamente norteamericano es una toma de postura de principio que debe ser matizada al aplicarla al caso español o al que proceda. Para evitar la reduplicación de instituciones y funcionarios es mejor el alemán, y no hay inconveniente en insertar ese principio del uno en el otro.

⁵³ Según la Constitución, los estados norteamericanos no podrán ser monarquías. El tiempo ha ido añadiendo límites superiores, como, por ejemplo, los derivados de la famosa sentencia del Tribunal Supremo norteamericano de 31 de mayo de 1955, *Brown versus Board of Education of Topeka*, prohibiendo la discriminación racial en las escuelas.

Por lo demás, es posible avanzar algunas consideraciones generales de sentido común. El estado miembro, región o comunidad autónoma, debe tener al menos unos órganos de deliberación y gobierno proporcionados a sus tareas, muchas o pocas, que sean democráticos y que respondan ante su pueblo y no ante los poderes centrales. Los poderes regionales deben tener el control efectivo sobre su territorio en las materias de su competencia, muchas o pocas, como fue el caso de Navarra incluso durante el franquismo. Las Comunidades Autónomas actuales apenas controlan su propio territorio.

Los territorios autónomos deben tener también al menos un mínimo de potestad normativa proporcionada a las competencias de que disfruten. Teniendo en cuenta que en la práctica la mayor parte de las leyes las hace el Estado —mientras no invada su terreno la Unión Europea—, no hay que temer una excesiva dispersión normativa (y ello dejando aparte que la dispersión normativa, si se da, puede también tener una cara buena, como en los Estados Unidos). En este sentido, con independencia de la jurisprudencia constitucional en la materia, probablemente habría que reflexionar sobre la utilización por el poder central de las leyes de bases o de armonización.

Deben tener autosuficiencia económica, con una potestad tributaria proporcionada a sus competencias (como la debe tener, por ejemplo, una municipalidad), y con ella la correspondiente responsabilidad. Negarles potestad tributaria, como en España, con el argumento de querer retener todos los poderes posibles, conduce solo a hacer que las regiones puedan gastar pero no sepan lo que cuesta ingresar.

Partimos de la imperfección. En cualquier sistema con un mínimo de pluralismo territorial habrá conflictos, y ello no tiene nada de alarmante. En vez de diseñar un sistema perfecto en la teoría y a continuación esperar que se cumpla en la práctica, es mejor aceptar la imperfección humana (que aumenta mucho en el terreno político) y diseñar unos mecanismos para la solución de conflictos, así como una institución dedicada a hacer de guardiana de las regiones, sea como el *Bundesrat* en Alemania, sea de otra suerte. Las regiones o estados miembros deben tener algún foro para participar de forma real en la gobernación central general. Ello tiene inconvenientes, pero aumentaría la cohesión del sistema y haría sentir a todos que van en el mismo barco.

En cuanto a los principios, tanto desde un enfoque jurídico como, sobre todo, político, el modelo territorial tiene que empaparse de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad (como a su vez reclaman los Estados

ante la Unión Europea) y dejar el *micromanagement* (las mencionadas funciones de ejecución y aplicación menor) a los gobiernos y administraciones más próximos a la ciudadanía, sea conforme a instrucciones y supervisión del ente superior (en materias importantes de competencia central en las que la aplicación y ejecución deban ser uniformes en todo el territorio nacional), sea con libertad para aplicar y ejecutar y con sujeción solo a la Constitución y al Tribunal Constitucional o equivalente. Y si de principios se trata, una buena articulación del sistema territorial necesita de la lealtad entre las partes, lo que no es precisamente el punto fuerte del actual modelo español.

Bibliografía

- España, Constitución Política de 1978.
- España, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Artículo 10.1 f).
- España, Congreso Español, Ley 12/1983 del Proceso Autonómico.
- España, Congreso Español, Ley 30/1992.
- España, Tribunal Constitucional, Sentencia 100/1984, de 8 de noviembre.
- España, Tribunal Constitucional, Sentencia 69/1982, de 23 de noviembre.
- España, Tribunal Constitucional, Sentencia 25/1981, de 14 de julio.
- España, Tribunal Constitucional, Sentencia 76/1988, de 26 de abril.
- España, Tribunal Constitucional, Sentencia 76/83, de 5 de agosto.
- España, Tribunal Constitucional, Sentencia 31/2010, de 28 de junio.
- España, Tribunal Constitucional, Sentencia 18/1982, de 4 de mayo.
- España, Tribunal Constitucional, Sentencia 76/1991, de 11 de abril.
- Aja, Eliseo, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, Madrid, 2003.
- Crick, Bernard: “La tradición clásica y la democracia parlamentaria moderna”, en *Revista de Ciencia Política*, vol. X, nº 2, (1988), p. 20.
- Dossier *El Monstruo Autonómico no aguanta más*, en *El Mundo*, 15 de abril de 2012, pp. 2-12.
- Elazar, Daniel, *The Federal Polity*, Transaction Books, New Brunswick, 1974.
- Frey, Bruno y Eichenberger, Rainer, *The New Democratic Federalism for Europe: Functional, Overlapping and Competing Jurisdictions*, Northampton, Cheltenham, 1999.
- Hesse, Konrad, “Escritos de Derecho Constitucional”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.
- Lewis, C.S., *La abolición del hombre*, Encuentro, Madrid, 1990.

Pernice, Ingolf, "Multilevel constitutionalism in the European Union", en *European Law Review*, vol. 27, 2002, pp. 514-515.

Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*. t. II, Alianza Editorial, Madrid, 1980.

Weber, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Península, Barcelona, 1992.

El regionalismo italiano en tres etapas

Sabrina Ragone*

Sumario

1. Introducción: Las tres etapas del regionalismo italiano. — 2. Fase uno: La creación de las Regiones en la labor constituyente y (el retraso en) su implantación. — 3. Fase dos: La estabilización del sistema regional. — 4. Fase tres: El desafío de la diferenciación. — 5. Reflexiones críticas sobre la utilidad del ejemplo italiano en perspectiva comparada. — Bibliografía.

1. Introducción: Las tres etapas del regionalismo italiano

La posible creación de la Región como ente territorial en Colombia plantea una serie de cuestiones que pueden ser abarcadas teniendo en cuenta experiencias diferentes, especialmente de regionalismos. En este ámbito, un ejemplo excelente puede ser el caso italiano, que presenta casi todas las características que la doctrina comparada adscribe a esta categoría.

Sin embargo, hay que decir que en Italia la descentralización se ha desarrollado como un proceso, sin que en ningún momento se haya podido afirmar que el sistema ha llegado a un resultado definitivo. El periodo de referencia para el análisis abarcará poco más de sesenta años, teniendo este sistema regional su punto de partida en la Constitución republicana de 1948. Desde aquel momento, en mi opinión, el regionalismo italiano ha pasado básicamente por tres fases (o, mejor dicho, ha superado las primeras dos y se está

* Licenciada en Derecho de la Universidad de Bolonia con mención *cum laude* y Doctora en Derecho por la Universidad de Pisa y la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido profesora de Derecho Constitucional y Derecho Público comparado en la Universidad de Bolonia, la Universidad de Jaén y la Universidad Autónoma de Barcelona. Actualmente es investigadora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Autora de diversas publicaciones en justicia constitucional, descentralización territorial y método comparado.

todavía desenvolviendo en la tercera): la etapa de la creación de las Regiones; la etapa de estabilización institucional; la etapa del reto de la diferenciación.¹

Teniendo en cuenta esta clasificación, intentaré describir para cada una de estas fases sus elementos fundamentales y las principales cuestiones críticas que ha planteado, centrándome especialmente en las últimas dos décadas. En particular, dado el enfoque de la ocasión que ha dado origen a este escrito, haré especial hincapié en el papel que la Corte Constitucional ha desempeñado en los diferentes periodos examinados.

No obstante, la misma afirmación de las Regiones ha sido a su vez el fruto de un proceso de maduración ideológica y política, con lo cual resultará útil una breve premisa acerca de la descentralización territorial anterior a la adopción de la Constitución vigente.

La unificación del país, en 1861, brindó la primera oportunidad para evaluar la posibilidad de crear entes regionales y por aquel entonces se enfrentaron dos posiciones contrapuestas: una que consideraba la descentralización un riesgo para la unidad recién conseguida y otra que, al contrario, identificaba la división del territorio con una forma de respetar las diferencias económicas o sociales y la realidad cultural plural. Prevaleció la primera opinión y se estableció un sistema fuertemente centralista: por ello, hubo que esperar casi un siglo para que se instituyeran entes descentralizados “de primer nivel”.²

Los entes locales (municipios y provincias, o entes “de segundo nivel”) ya existían y en 1865 fue aprobada la ley número 2248, dirigida a la “unificación administrativa del Reino”, tema que había estado en el centro del debate político en los años anteriores debido a la existencia, en las diferentes áreas del

¹ Para esta clasificación en clave comparada véase S. Ragone, “Sustainable Differentiation”: the 21st Century Challenge to Decentralization (a Comparative Study of Italy and Spain, with Special Attention to Constitutional Case Law)”, en A. López Basaguren y L. Escajedo San-Epifanio (eds.), *The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain*, Berlín, Springer, 2012.

La bibliografía sobre el desarrollo del sistema regional es inmensa. Entre los estudios generales más recientes, se recuerdan R. Bin y G. Falcon (eds.), *Diritto regionale*, Bolonia, il Mulino, 2012; A. D’Atena, *Diritto regionale*, Turín, Giappichelli, 2010; P. Caretti y G. Tarli Barbieri, *Diritto regionale*, Turín, Giappichelli, 2009, 2^a ed.; B. Caravita, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Turín, Giappichelli, 2009, 2^a ed.; P. Cavaleri, *Diritto regionale*, Padua, Cedam, 2009.

² Pavani, G. y Ragone S., “Tendencias y características de la descentralización en Europa: reflexiones comparadas sobre la autonomía territorial”, en Estupiñán Achury, L. y Gaitán Bohórquez, J. (coords.), *El principio constitucional de autonomía territorial. Realidad y experiencias comparadas*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 25 y ss.

país, de instituciones y normativas distintas. Esta ley incluía normas relativas a las entidades municipales y provinciales, la seguridad pública, la jurisdicción administrativa y las obras públicas, entre otras. Con referencia a los entes descentralizados, se establecía un alcalde municipal (no electivo) que era a la vez jefe de la administración local y delegado del Gobierno nacional y de un prefecto como vértice de la administración provincial.³

Para conseguir el resultado de fundir los Estados pre-unitarios, se adoptó la solución de extender a los demás la organización del Piamonte, muy centralista y dotada de una estructura fuertemente jerárquica (se puede pensar en los poderes del prefecto que concretizaba el control del centro en todas las áreas del Reino).⁴ Para ello, se eligió propiciar la continuidad jurídica con el régimen sabaudo: la “primera” legislatura del Reino fue identificada como la octava y el Rey mantuvo el nombre de Vittorio Emanuele II.

Esta decisión no tuvo en cuenta aquellos movimientos intelectuales que con anterioridad habían apoyado la idea regionalista (se puede pensar en Cattaneo, Gioberti o Rosmini) ni las propuestas que habían llegado también de la clase política. Farini, Ministro del Interior en el primer gobierno presidido por Cavour, había presentado un proyecto de ley para crear dentro del Consejo de Estado una comisión que estudiase la reforma administrativa del Estado y que se había expresado a favor de la creación de un nivel regional.

El sucesor de Farini, Minghetti, presentó el año siguiente, en 1861, un programa de reorganización administrativa del Reino que preveía, al lado de los entes locales, también unas Regiones, presididas por un gobernador y consideradas como circunscripciones administrativas del Estado o consorcios obligatorios entre provincias. En la exposición de motivos se explicaba que la unidad política no tenía por qué conllevar la total unidad administrativa y además las diferencias entre las áreas del país merecían una regulación diferenciada. Empero, este proyecto encontró una clara oposición y finalmente fue retirado.

³ Sobre el ordenamiento local, véanse especialmente Giannini, M.S., *I Comuni*, Vicenza, Neri Pozza, 1967 y Amorth, A. *Le Province*, Vicenza, Neri Pozza, 1968.

⁴ Véanse al respecto Ghisalberti, C., *Storia costituzionale d'Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2010, 7ª ed.; Melis, G., *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, il Mulino, 1996; Ragionieri, E., *Politica e amministrazione nella storia dell'Italia unita*, Roma, Editori riuniti, 1979; R. Ruffilli, *La questione regionale dall'unificazione alla dittatura (1862-1942)*, Milán, Giuffrè, 1971; Cassese, S., *La formazione dello Stato amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1974.

La apuesta por un Estado centralista se debió, en primer lugar, a razones políticas y estratégicas (se consideraba peligroso reconocer entes territoriales autónomos por su potencial efecto centrífugo y los riesgos que conllevaba para la completa realización del proceso de unificación), pero también institucionales y económicas (una estructura unitaria podría simplificar el desarrollo de la economía nacional). Está claro que a dichas motivaciones se añadían elementos de carácter ideológico, por ejemplo, debido a una concepción fuertemente nacional de la soberanía.

Las propuestas posteriores de creación de unos niveles regionales en el ordenamiento se debieron al Partido Popular, fundado por Luigi Sturzo, que, en el Tercer Congreso Nacional del partido (en 1921) pronunció un discurso en el que se ocupaba de diferentes vertientes de un único problema: “la descentralización administrativa, las autonomías locales y la constitución de la región”. Esta fuerza política estaba a favor de una reforma administrativa del Estado y de la creación de unas regiones como entes representativos autónomos dotados incluso de poderes legislativos. En particular, se oponía a la concepción exclusivamente estatal de la burocracia, considerándola demasiado lenta y poco funcional. Desde el principio, el programa del partido auguraba mayor libertad y autonomía para los entes públicos locales y el reconocimiento de las funciones propias de municipios, provincias y regiones según la tradición nacional y la necesidad de desarrollo de la vida local. Sturzo, teniendo en cuenta la evolución del Estado italiano, no consideraba “serio” el temor de que el movimiento regional disgregara el Estado, pensando al contrario que lo reforzaría “en su carácter estatal eliminando la debilidad orgánica de la centralización administrativa”.⁵ Proponía así la creación de un ente sub-estatal, con un “órgano central regional representativo [dotado de] poderes administrativos y naturaleza representativa, desarrollando, con las representaciones consultivas especializadas, su función económica y social”; en resumen, elegía “esta solución que crea a la Región, y la crea, sin desintegrarla, como un ente robusto, sano, como representación de los intereses locales más importantes”.⁶

⁵ Véase el discurso del 23 de octubre de 1921 en el Tercer Congreso Nacional del partido en Venecia.

⁶ *Ibidem*.

Poco antes, mediante el Real Decreto 1319/1921, se había creado una comisión consultiva para la reorganización administrativa de aquellas áreas del Trentino Alto Adigio y de la Venecia Julia que se habían adjuntado al territorio del país tras la primera guerra mundial. Dicha fuente preveía que se reconociera a estas zonas el estatus de “autonomías regionales”.

Sin embargo, el debate, abierto gracias a las propuestas del Partido Popular y a las nuevas exigencias surgidas del primer conflicto mundial, se paralizó con la llegada del fascismo, que implantó una estructura administrativa fuertemente centralizada.⁷ Tal y como pasó en otros ordenamientos (por ejemplo, en España durante el franquismo), la implantación de un régimen autoritario ralentizó y obstaculizó los procesos de descentralización.

Por ello, las tendencias regionalistas encontraron apoyo solo después de la Segunda Guerra Mundial y de la caída del fascismo, en la Asamblea Constituyente elegida en 1946.

2. Fase uno: La creación de las Regiones en la labor constituyente y (el retraso en) su implantación

El primer nivel de desarrollo de cualquier sistema descentralizado consiste en el establecimiento de las entidades territoriales.⁸ En el caso italiano, dicho momento se debió a la obra de la Asamblea Constituyente encargada de redactar la Carta fundamental (y de otras funciones, en primer lugar, de otorgarle la confianza al gobierno). El 2 de junio de 1946 se habían celebrado dos votaciones: una de carácter referendario para elegir entre mantener la monarquía o implantar la república (en la que prevaleció la segunda) y otra para seleccionar a los miembros de dicha Asamblea Constituyente.

En su interior, la Asamblea formó la Comisión para la Constitución formada por setenta y cinco miembros, que a su vez se dividió en tres subcomisiones, dedicadas respectivamente a los derechos y deberes, a la organización constitucional del Estado y a las relaciones económicas y sociales. Tras el

⁷ Véanse al respecto, en la inmensa bibliografía dedicada a este tema especialmente Romanelli, R. (ed.), *Storia dello Stato italiano*, Roma, Donzelli, 1995; Melis, G., *Storia della amministrazione pubblica 1861-1993*, Bolonia, il Mulino, 1996; Id. (ed.), *Lo Stato negli anni trenta*, Bolonia, il Mulino, 2008; Cassese, S., *Lo Stato fascista*, Bolonia, il Mulino, 2010; Sandulli, A., *Costruire lo Stato*, Bolonia, il Mulino, 2010.

⁸ Véase, en español, Giannini, M.S., *Las regiones en Italia*, Civitas, Madrid, 1984.

examen de la Asamblea en su totalidad, el texto fue aprobado de manera definitiva a finales de 1947 y entró en vigor el 1 de enero de 1948.

Mientras tanto, ya se había puesto en marcha el proceso de formación de aquellas Regiones denominadas especiales (o por lo menos de cuatro de ellas), creadas para responder a problemas de carácter histórico, cultural y lingüístico.

En total, las Regiones son veinte, cinco especiales y quince ordinarias, y su listado se encuentra en el artículo 131 de la Constitución. Originariamente eran diecinueve, puesto que el área del Molise formaba una única Región con los Abruzzi, pero en 1963, mediante ley constitucional, esta parte del territorio pasó a formar la número veinte.

El punto de partida para cualquier estudio sobre el regionalismo italiano no puede ser el artículo 5 de la Constitución, donde se afirma que la República, una e indivisible, reconoce y promueve las autonomías locales, efectuando en los servicios que dependan del Estado la más amplia descentralización administrativa y adaptando los principios y métodos de su legislación a las exigencias de la autonomía y de la descentralización. Este principio general es desarrollado y especificado en el Título V de la Parte Segunda de la Constitución (arts. 114-133). Esta parte de la Carta fundamental representa una de las mayores novedades, junto probablemente con la Corte Constitucional, y al mismo tiempo conlleva un elemento de discontinuidad en la evolución de la forma de Estado, debido al deseo de crear un Estado más moderno.⁹

Para las cinco Regiones especiales (Sicilia, Cerdeña, Trentino Alto Adigio, Valle de Aosta y Friuli Venecia Julia) se establecen formas y condiciones de autonomía reguladas por sus estatutos, que son adoptados mediante ley constitucional conforme al artículo 116 de la Constitución. Para profundizar en las competencias de cada una de las Regiones especiales, por lo tanto, es indispensable analizar los respectivos estatutos: el siciliano, el sardo, el valdostano y el trentino, adoptados antes de la Constitución, que fueron aprobados con las leyes constitucionales 2, 3, 4 y 5/1948; el del Friuli Venecia Julia se remonta al año 1963, después de que se solucionara el problema de la ciudad de Trieste.

⁹ Véase Rolla, G., “La evolución del principio unitario en Italia: desde la unificación hasta la República”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 18/2012.

Las razones geográficas, étnicas, lingüísticas que justificaron la creación de las Regiones especiales no existían para las Regiones ordinarias, con lo cual su territorio se basó en unas antiguas subdivisiones administrativas que se empleaban en la recopilación de informaciones de carácter demográfico o económico.

Con todo ello, la Asamblea Constituyente elaboró un modelo de Estado en el cual coexistían por primera vez, en el ordenamiento italiano, dos conceptos diferentes y, en cierta medida, opuestos: la unidad, por un lado, y la autonomía territorial, por otro. Así se establecían las bases para el futuro desarrollo de la descentralización política.

El proceso de nacimiento del Estado regional demuestra desde el principio que el impulso hacia la autonomía no surgió desde abajo, si se excluyen algunas Regiones especiales (podemos pensar, por ejemplo, en Sicilia, donde en 1944 se crearon algunos órganos legislativos autónomos para la redacción del estatuto), sino desde arriba, representando el resultado de una precisa voluntad del poder central.

Este momento genético refleja la primera diferencia respecto de lo que la doctrina suele considerar por tradición un Estado federal, aunque se pueden añadir otros elementos más.¹⁰ En primer lugar, no existía (y no existe todavía) un Senado propiamente federal, es decir, representativo de los entes territoriales;¹¹ en segundo lugar, las Regiones no participan en las reformas constitucionales (ni de forma directa ni indirecta, puesto que no existe una cámara en la que se defienda su posición); en tercer lugar, las Regiones disponen de un estatuto de autonomía y no de una constitución. A todo ello, hay que añadir un aspecto más, que, como se verá, perdió su valor con las enmiendas de hace una década: la división de competencias legislativas se basaba en un listado cerrado de materias encomendadas a las Regiones y en la asignación

¹⁰ Sobre la distinción entre estas dos categorías y un enfoque crítico basado en la idea de autonomía, véase especialmente Reposo, A., *Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, Turín, Giapichelli, 2005, 2ª ed.

¹¹ El Parlamento italiano es bicameral y está compuesto por la Cámara de Diputados y el Senado: su regulación constitucional se encuentra en el Título I de la Parte Segunda (arts. 55-82). Las dos cámaras desempeñan las mismas funciones (de allí la definición de bicameralismo “perfecto”), pero hay diferencias en los requisitos de electorado activo y pasivo y en el número de miembros (630 y 315). Además, el Senado cuenta también con integrantes de derecho (los antiguos Presidentes de la República, conforme al art. 59 Const.) y con senadores nombrados por los Jefes de Estado por sus méritos en el campo social, científico, artístico o literario.

de todas las demás al Parlamento nacional (véase el art. 117 Const. anterior a la reforma de 2001).

El ejercicio de la potestad legislativa regional estaba sometido a otro control: las leyes aprobadas tenían que ser transmitidas al “Commissario” del Gobierno: de no haber oposición del Ejecutivo nacional porque consideraba que no superaba las competencias de la Región o se ponía en contraste con los intereses nacionales, este ponía su visto bueno en el plazo de treinta días.

Este último aspecto me lleva a subrayar otra característica del sistema territorial: el tipo de autonomía de la que disponen las Regiones es diferente de la autonomía de los entes locales, porque se trata de autonomía política, que conlleva la posibilidad de tomar decisiones políticas sobre las materias de su competencia. Dicho en dos palabras, las Regiones adoptan leyes (y además tienen cierta autonomía administrativa, financiera y, como se acaba de ver, estatutaria).¹²

Hay que recordar de nuevo aquí que el sistema es asimétrico, debido a la existencia de dos categorías de Regiones: las especiales y las ordinarias. Las principales diferencias entre estos dos tipos residen en la naturaleza y alcance de sus estatutos (los de las Regiones especiales se aprueban mediante ley constitucional y los de las ordinarias, hasta el año 2001, eran adoptados por la Región y luego mediante leyes ordinarias), en su potestad normativa (tanto legislativa como reglamentaria), en su autonomía financiera, en los instrumentos bilaterales de colaboración con el Estado y en las competencias dirigidas a la protección de los derechos lingüísticos e históricos de determinados grupos minoritarios.

Ambas categorías de Regiones fueron creadas mediante la Constitución de 1948, pero la implementación concreta del sistema fue muy lenta y pasaron más de dos décadas antes de que las ordinarias empezaran a funcionar con normalidad.¹³ Las normas electorales aplicables a las votaciones de las asambleas regionales fueron fijadas en 1968 y las primeras elecciones se celebraron en 1970. A partir del año siguiente se aprobaron los estatutos y

¹² Para un análisis de los diferentes niveles territoriales del sistema italiano, regional, provincial y municipal, véase Pavani, G. “Estudio constitucional y legal del modelo territorial italiano”, en *Derechos y Valores*, n. 17/2006, pp. 166 y ss.

¹³ Véanse en la inmensa bibliografía Bassanini, F., *L'attuazione delle Regioni*, Florencia, Nuova Italia, 1970; Rotelli, E. (ed.), *Dal regionalismo alla regione*, il Mulino, Bolonia, 1973; además de Guarino, G., “Le regioni nell'evoluzione politica e costituzionale”, en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1970.

posteriormente los decretos que otorgaban recursos y personal a las nuevas administraciones regionales.

Este retraso, debido fundamentalmente a lo que P. Calamandrei denominó “obstruccionismo de la mayoría”, se verificó a pesar de que la Asamblea Constituyente había establecido un calendario infinitamente más rápido: la octava disposición transitoria preveía que las elecciones de las Asambleas legislativas regionales se celebrarían a lo largo del año siguiente a la entrada en vigor de la Constitución. Además, se otorgaba al Parlamento otro plazo determinado para adecuar la legislación estatal a las nuevas competencias regionales.

Los primeros veinte años de la República fueron caracterizados, por lo tanto, por una regionalización parcial, ya que solamente existían las autonomías especiales, y por el máximo nivel de asimetría.¹⁴

3. Fase dos: La estabilización del sistema regional

Como se ha anticipado en la introducción, el segundo estadio, en mi opinión, conlleva la estabilización de las instituciones. Este proceso se verificó a partir de la década de los años 70-80 y tuvo su punto álgido al principio del nuevo milenio, con las reformas de 1999 y 2001. Se trató de un periodo marcadamente dinámico, durante el cual el sistema intentó alcanzar un equilibrio entre los órganos centrales y los regionales.¹⁵

El ordenamiento se asentó gracias a la contribución de dos actores protagonistas en el escenario: la Corte Constitucional¹⁶ y el Parlamento nacional.

La primera desempeñó un papel esencial en la definición de las competencias legislativas establecidas en el artículo 117, puesto que, conforme al artículo 134 de la Constitución, entre sus atribuciones se encuentra la solu-

¹⁴ En este sentido se expresa Rolla, G., *La evolución del Estado regional en Italia*, en www.crdc.unige.it.

¹⁵ Para un análisis global, véanse Anzon, A. *I poteri delle regioni. Lo sviluppo attuale del secondo regionalismo*, Turín, Giappichelli, 2008; Caravita, B., *La Costituzione dopo la riforma del titolo V. Stato, regioni e autonomie fra Repubblica e Unione Europea*, Turín, Giappichelli, 2002; Mangiameli, S., *La riforma del regionalismo italiano*, Turín, Giappichelli, 2002; en perspectiva comparada Roza Acuña, E., (ed.), *Lo Stato e le autonomie. Le Regioni nel nuovo titolo V della Costituzione: l'esperienza italiana a confronto con altri paesi*, Turín, Giappichelli, 2003.

¹⁶ Véanse, entre otros, Crisafulli, V., *Le Regioni davanti alla Corte costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1963; Bartole, S. y Vandelli, L. (eds.), *Le regioni nella giurisprudenza. Corte Costituzionale, giurisdizione ordinaria, giurisdizione speciale*, il Mulino, Bolonia, 1980; Bartole, S., Scudiero, M. y Loidice, M. (eds.), *Regioni e Corte costituzionale: l'esperienza degli ultimi 15 anni*, Milán, F. Angeli, 1988.

ción de los recursos estatales en contra de leyes regionales ilegítimas y de los recursos regionales contrarios a leyes estatales que hubiesen invadido una materia regional. Su labor fue importante asimismo porque mediante sus sentencias se sentaron las bases de la unidad global del ordenamiento, a pesar de la presencia de varios legisladores.

El segundo se ocupó de la distribución de las funciones administrativas y de los instrumentos de coordinación para el ejercicio de competencias compartidas. Se puede pensar, por ejemplo, en la institución de la Conferencia Estado-Regiones, la cual, si bien se debe inicialmente a un decreto del Presidente del Gobierno, fue luego reconocida como órgano de información, consulta y coordinación permanente con carácter periódico en la ley 400/1988 (sobre la actividad del Ejecutivo y el ordenamiento de la Presidencia del Gobierno).

Mientras tanto se iban estabilizando y arraigando las instituciones regionales en todas las áreas del país.

Sin embargo, la modificación de la Constitución tardó en llegar y en la década de los 90 fracasaron dos intentos mediante Comisiones bicamerales para las reformas institucionales.

La Comisión De Mita-Iotti (1992-1994), formada por treinta diputados y treinta senadores, elaboró un amplio proyecto de reforma que aportaría una serie de novedades en el sistema regional: preveía un listado de las materias estatales que dejaba la potestad legislativa residual a las Regiones, encomendaba al Estado la identificación de los niveles mínimos de las prestaciones en las materias de carácter social legisladas por las Regiones, modificaba los controles sobre las leyes regionales por parte del “Commissario” del gobierno previendo únicamente la posibilidad de plantear recurso de constitucionalidad; al Estado le dejaba las competencias administrativas solo en las materias de competencia legislativa exclusiva, resultando las demás encomendadas a Regiones, provincias y municipios; fijaba la autonomía financiera y de imposición tributaria como principios básicos de la idea de hacienda propia para todos los entes territoriales y establecía un fondo de perecuación para el desarrollo de las áreas más pobres. Este proyecto ampliaba notablemente la potestad internacional y comunitaria (es decir, en las relaciones con la Unión Europea) de las Regiones y les otorgaba la facultad de definir su forma de gobierno y normativa electoral.

La Comisión D’Alema (1997), formada por treinta y cinco diputados y el mismo número de senadores, también representó una ocasión para volver

a debatir diferentes propuestas de enmienda constitucional, desde la atribución de las funciones administrativas en primera instancia a los entes locales según diferenciación y adecuación hasta la modificación de las competencias legislativas, desde los contenidos de los estatutos de autonomía hasta la autonomía financiera.¹⁷

Ya en aquella época el sistema era lo suficientemente estable como para estar listo para modificaciones sustanciales y este asentamiento permitió impulsar una serie de reformas, antes legislativas y luego constitucionales.

Dos leyes adoptadas de 1997 (59 y 127, denominadas “leyes Bassanini”, a las cuales les siguieron otras del año siguiente) llevaron a la máxima descentralización administrativa posible sin enmienda constitucional. Se encomendaron las funciones administrativas a los entes locales y regionales conforme al principio de subsidiariedad (que sería constitucionalizado gracias a las reformas posteriores), resultando así otorgadas a los municipios y solo si éstos no podían ejercerlas, a provincias y regiones.

Para afectar el reparto de competencias legislativas hacía falta una reforma constitucional, que llegó poco después, en 1999 (ley de reforma constitucional 1/1999) y 2001 (leyes de reforma constitucional 2/2001 y 3/2001).

Muy en general, puede decirse que esta ola reformadora tuvo dos objetivos principales desde el punto de vista conceptual: la revalorización de la participación ciudadana, especialmente mediante las elecciones de los órganos ejecutivos (lo cual se había verificado con anterioridad, en 1993, para alcaldes y presidentes provinciales) y la revalorización de los diferentes niveles territoriales, según el modelo que se había ya emprendido con las leyes “Bassanini”.

Más específicamente, la reforma de 1999 modificó la naturaleza y los contenidos de los estatutos de autonomía y la elección directa del presidente

¹⁷ Véanse al respecto, por ejemplo, Cuocolo, F. *Bicamerale: atto primo. Il progetto di revisione costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1997; Costanzo, P., Ferrari, G.F., Florida, G.G., Romboli, R. y Sicardi, S. (eds.), *La Commissione bicamerale per le riforme costituzionali. I progetti, i lavori, i testi approvati*, Padua, Cedam, 1998; Baldassarre, A., *Una Costituzione da rifare. Il progetto della Bicamerale sotto la lente di un costituzionalista*, Turín, Giappichelli, 1998; Caretti, P. (ed.), *La riforma della Costituzione nel progetto della bicamerale*, Padua, Cedam, 1998; Panunzio, S.P. (ed.), *I costituzionalisti e le riforme. Una discussione sul progetto della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, Milán, Giuffrè, 1998; Aa. Vv., *La riforma della Costituzione nei lavori della Bicamerale*, Nápoles, Jovene, 2000.

de las Regiones (afectando a los arts. 121, 122, 123 y 126 de la Constitución), mientras que en 2001 el abanico de aspectos modificados fue bastante mayor.¹⁸

Los estatutos de autonomía pasan a ser fuentes integralmente regionales, pues son aprobados en cada Región y tienen que regular la forma de gobierno y los principios generales de organización y funcionamiento, la iniciativa y los referéndums y la publicación de leyes y reglamentos regionales, además del Consejo de las Autonomías Locales (que es el órgano de interacción entre Región y entes locales de su territorio). La Asamblea Regional lo adopta por mayoría absoluta, con dos votaciones a distancia de por lo menos dos meses y se prevén un recurso gubernamental específico frente a la Corte Constitucional y la posibilidad de referéndum.

Las modificaciones de 2001 establecieron, en primer lugar, un nuevo concepto de “República” en el artículo 114, que

(...) se compone de los municipios, de las provincias, de las ciudades metropolitanas, de las Regiones y del Estado. Los municipios, las provincias, las ciudades metropolitanas y las Regiones son entes autónomos con sus propios estatutos, facultades y funciones según los principios establecidos en la Constitución (...).

Con esta definición, el Estado parece situarse al mismo nivel de los demás entes territoriales puesto que todos juntos forman la República, aunque ya el segundo apartado se refiere exclusivamente a los niveles no estatales.

El artículo 116 también fue profundamente modificado: su texto originario preveía solo que las Regiones especiales disponían de formas y condiciones particulares de autonomía, según estatutos aprobados mediante ley constitucional; el nuevo texto está formado por tres apartados y tiene un contenido mucho más detallado. El primero de ellos presenta un listado de las Regiones especiales (en italiano y en el idioma co-oficial, si procede) y les reconoce modalidades y condiciones particulares de autonomía, conforme a sus estatutos. El segundo ratifica que la Región Trentino Alto Adigio está

¹⁸ Hay que subrayar que, a pesar de su alcance, no se trató de una reforma pactada entre los principales partidos, siendo al contrario aprobada con una mayoría mínima en los últimos días de la XIII legislatura (1996-2001). Esto llevó a que por primera vez se solicitase la convocación de un referéndum constitucional, previsto por el art. 138 de la Constitución para cuando no se logre el voto favorable de los 2/3. El referéndum se dio en octubre de 2001, con resultado positivo para la entrada en vigor de la enmienda.

compuesta por las dos provincias autónomas de Trento y Bolzano. El tercero es probablemente el más interesante, puesto que prevé otras posibles formas diferenciadas de autonomía para algunas Regiones, en materias compartidas o educación, medioambiente y bienes culturales y organización de la justicia de paz; para ello, haría falta una ley estatal aprobada por el Parlamento mediante mayoría absoluta, tras un acuerdo entre el Estado y la Región interesada.

Hay que subrayar que dicha modificación de la división de competencias legislativas sería determinada mediante ley (atípica, pero siempre una ley), aunque por mayoría absoluta, y no a través de una reforma constitucional. Además, la Región, consultados los entes locales, tendría que tomar la iniciativa de este proceso impulsando el acuerdo con el gobierno estatal.

El artículo cuya modificación ha sido más debatida y evidenciada por la doctrina fue el 117, que define la división de competencias legislativas: ahora prevé un listado de materias legislativas exclusivas del Estado; uno de materias de legislación compartida, donde el Estado establece solo los principios fundamentales y luego todas las materias residuales son competencia de las Regiones. Este es el único elemento federal del sistema. La potestad secundaria, es decir, la facultad de aprobar reglamentos, le corresponde al Estado solamente en sus materias exclusivas (si no la delega a las Regiones). Se eliminó el límite del interés nacional para la legislación regional, mientras que se mantuvo, tanto para el Parlamento estatal como para las Asambleas regionales, el límite de los vínculos europeos e internacionales. Con referencia al ejercicio del poder Legislativo, hay que añadir que se cambió asimismo el sistema de recursos de constitucionalidad: ahora también la impugnación por parte del gobierno de leyes regionales es *a posteriori*, y se puede ejercer en los sesenta días siguientes a la publicación (ello porque se eliminó el control del “Commissario” del Gobierno, véase el art. 127).

Además, esta reforma ha afectado la distribución de funciones administrativas entre Estado, Regiones y entes locales, estas se encomiendan a los municipios, “a menos que, para asegurar su ejercicio unitario, se encomienden a las provincias, ciudades metropolitanas, Regiones y al Estado en virtud de los principios de subsidiariedad, de diferenciación y de adecuación” (art. 118). Para los diferentes niveles territoriales se ha potenciado la “autonomía financiera para sus ingresos y gastos”, los recursos autónomos y la capacidad de establecer y recaudar impuestos, junto con la presencia de un fondo de compensación (art. 119, dedicado al denominado federalismo fiscal). Los poderes

substitutivos del Estado también han sido modificados y el sistema prevé que el gobierno central puede suplir a los órganos de Regiones y entes locales en caso de inobservancia de normas y tratados internacionales o de la normativa comunitaria, o de peligro grave para la incolumidad y seguridad pública, o para exigencias de tutela de la unidad jurídica o económica (y en particular la garantía de los niveles básicos de las prestaciones relativas a derechos civiles y sociales). Los procedimientos a emplear se demandan a la ley ordinaria, en el respeto a los principios de subsidiariedad y cooperación leal (art. 120).

Ahora bien, como resulta claro, las enmiendas ampliaban notablemente las funciones y competencias de las Regiones ordinarias, con lo cual las especiales podían incluso quedarse atrás en su recorrido hacia la autonomía: por ello, la misma ley constitucional 3/2001 en su artículo 10 extendió expresamente a las segundas la aplicabilidad de aquellas partes que conllevasen mayor autonomía, a la espera de las reformas estatutarias correspondientes.¹⁹

Esta enmienda supuso una intervención decisiva de la Corte Constitucional en la interpretación de las disposiciones modificadas, con especial referencia a las materias y al alcance de los principios fundamentales en las competencias compartidas, y la solución de los conflictos y recursos planteados entre Estado y Regiones. También exigió un posterior desarrollo legislativo, como lo testimonian las denominadas ley “La Loggia”, 131/2003 (que contiene justamente las “disposiciones para la adecuación del ordenamiento de la República” a la ley constitucional 3/2001) y ley “Buttiglione”, 11/2005 (que lleva las “normas generales sobre la participación de Italia en el proceso normativo de la Unión Europea y los procedimientos de ejecución de las obligaciones comunitarias”). La primera se centró especialmente en la exegesis de los vínculos derivados del artículo 117.1 Const. (art. 1), en la definición de la participación regional en la formación de los actos comunitarios (art. 5) y de sus facultades internacionales (art. 6); en los poderes sustitutivos —del Estado (art. 8) y en los cambios aportados a los recursos de constitucionalidad (art. 9). La segunda reguló los instrumentos de participación y ejecución de las normas europeas, estableciendo además el Comité Interministerial para los Asuntos Comunitarios Europeos CIACE— en la Presidencia del Gobierno.

¹⁹ Véase al respecto, entre otros, G. Demuro, “Regioni ordinarie e regioni speciali”, en T. Groppi, M. Olivetti (eds.), *La Repubblica delle autonomie*, Turín, Giappichelli, 2001, p. 47.

La aprobación de las enmiendas, si bien puede parecer un punto de llegada del proceso evolutivo, fue en realidad origen de numerosas cuestiones problemáticas²⁰ debidas a la redacción de la misma y a su ejecución tardía, que planteó básicamente la duda de si implementarla o “reformular la reforma”, y provocó un inevitable aumento de los recursos frente a la Corte Constitucional.

La puesta en marcha de las reformas planteó problemas con referencia a las competencias compartidas (¿hasta qué punto pueden llegar las normas de cada nivel?) y a las denominadas “transversales”, que le dan al Estado un amplio margen de maniobra para intervenir en ámbitos muy variados, como la protección del mercado y de la competencia. El resultado, como se decía, fue un elevado número de impugnaciones por parte de aquellas Regiones que consideraban que las leyes nacionales habían invadido su autonomía legislativa: la Corte Constitucional ha sido la encargada de establecer el alcance de las materias. Por ello, si solamente se leyera el texto de la Carta fundamental, sin tener en cuenta la jurisprudencia constitucional, se llegaría a una imagen equivocada del regionalismo italiano. Y lo mismo se puede decir acerca de la evolución posterior.

4. Fase tres: El desafío de la diferenciación

A partir de las reformas de los años 1999-2001 se abre la tercera fase evolutiva caracterizada por lo que se puede denominar el desafío de la diferenciación.²¹ Este estadio presenta considerables retos para el equilibrio del Estado en su totalidad, con referencia al deseo de establecer o consolidar condiciones dispares entre territorios, especialmente en los derechos fundamentales.

Desde entonces se ha manifestado una notable inclinación hacia la diferenciación, la cual no se ha encaminado a través de la mencionada cláusula del artículo 116.3 Const.,²² que habría llevado a la creación de un estatus

²⁰ Véase al respecto, por ejemplo, Ferrari, G.F. y Parodi, G. (eds.), *La revisione costituzionale del titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, Padua, Cedam, 2003.

²¹ No es esta la sede adecuada para profundizar en aspectos más políticos, pero hay que recordar por lo menos que determinadas reivindicaciones de autonomía se han transferido en movimientos partidistas: se puede pensar en la Liga Norte, pero también en el más reciente “Movimiento para las Autonomías” (MpA), además de algunos grupos sardos. La actuación de estas fuerzas políticas, sin embargo, se ha desarrollado mucho a escala nacional.

²² Sobre sus posibles desarrollos, véase la sección de la Revista “Le Istituzioni del federalismo”, n. 1/2008, dedicada a *Il “regionalismo differenziato” in Italia. Dibattito attorno all’attuazione dell’art. 116, terzo comma, Cost.: un invito “aperto”*, pp. 7-125.

intermedio entre autonomía ordinaria y especial, sino a través del proceso de aprobación de los nuevos estatutos de autonomía.²³ Su nueva configuración presenta dos tipos de contenidos, necesarios y opcionales: algunas cuestiones críticas han surgido de la primera categoría y más de la segunda.

Los dos problemas básicos que se han planteado, y que han sido resueltos por la Corte Constitucional, fueron: la definición de la forma de gobierno (a) y la regulación de los derechos (b).²⁴

Sobre el primer perfil, podemos recordar que existe un modelo de forma de gobierno regional cuya adopción no es obligatoria: conforme al artículo 123 de la Constitución, las Regiones ordinarias tienen el poder-deber de diseñar en sus estatutos²⁵ la forma de gobierno y los principios fundamentales de organización y funcionamiento”,²⁶ pudiendo no optar por la elección directa del presidente. Este sistema es la base del modelo propuesto por la

²³ En la amplia bibliografía al respecto, además de los otros textos citados, se pueden mencionar Aa. Vv., *I nuovi statuti delle Regioni*, Milán, Giuffrè, 2000; Olivetti, M., *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni: verso le Costituzioni regionali?*, Bolonia, il Mulino, 2002; Ferrara, A. (ed.), *Verso una fase costituente delle Regioni?*, Milán, Giuffrè, 2001; M. Carli, G. Carpani, A. Siniscalchi (eds.), *I nuovi statuti delle regioni ordinarie. Problemi e prospettive*, Bolonia, il Mulino, 2006; Bifulco, R. (ed.), *Gli statuti di seconda generazione*, Turín, Giappichelli, 2006; D'Alessandro, G., *I nuovi statuti delle regioni ordinarie*, Padua, Cedam, 2008; Tosi, R., “I nuovi statuti delle Regioni ordinarie: procedimento e limiti”, en *Le Regioni*, n. 3-4/ 2000; Cuocolo, F., *La nuova potestà statutaria regionale*, en *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2003.

²⁴ Se me permita citar aquí Ragone, S., “Gli statuti regionali tra contenuti necessari e contenuti eventuali (con particolare riguardo alle problematiche della definizione della forma di governo e delle norme programmatiche)”, en Rossi, E. (ed.), *Le fonti del diritto nei nuovi statuti regionali*, Padua, Cedam, 2007.

²⁵ Aunque las fuentes que inciden sobre la forma de gobierno, en realidad, son más, como lo explica Tarli Barbieri, G., “La forma di governo nel nuovo statuto della Regione Toscana: prime osservazioni”, en *Diritto Pubblico*, n. 2/2004 y también en “Il complesso mosaico delle fonti in materia di sistema di elezione del Presidente e dei consiglieri regionali”, en Caretti, P. (ed.), *Osservatorio sulle fonti 2005*, Turín, Giappichelli, 2005.

Spadaro, A., “I ‘contenuti’ degli statuti regionali (con particolare riguardo alle forme di governo)”, en *Politica del Diritto*, n. 2/2001, ha identificado además cinco “variables” útiles para circunscribir la forma de gobierno regional: las normas del Título V de la Parte Segunda de la Constitución; las disposiciones estatutarias; el sistema electoral, el tipo de circunscripción, de voto, las causas de inelegibilidad e incompatibilidad; el sistema de partidos; las costumbres locales.

²⁶ Sobre el término organización, véase entre los estudios más próximos a la aprobación de la reforma, Spadaro, A., *I ‘contenuti’ degli statuti regionali...*, *op. cit.* Más en general, Silvestri, G., “Nuovi statuti e nuova forma di governo regionale”, en *Quaderno dell’Associazione di Studi e Ricerche Parlamentari 2001*; Fusaro, C., “La forma di governo regionale”, en T. Groppi, M. Olivetti (eds.), *La Repubblica delle autonomie... op. cit.*; Lucarelli, A., “Forme di governo e pluralismo istituzionale nei processi statutari regionali”, en *Rassegna Parlamentare*, n. 1/2002.

ley constitucional 1/1999, según el cual se celebran elecciones para elegir tanto a la Asamblea Legislativa como al jefe del Ejecutivo, cuyos mandatos son interdependientes a la luz del principio *aut simul stabunt aut simul cadent*.

Si hubiesen querido mantener la elección directa, las Regiones no habrían podido optar por la forma de gobierno presidencial pues en ella no existen aquellos instrumentos de la dirección política compartida postulada por la reforma y tampoco por la semipresidencial, por la imposibilidad de crear un Ejecutivo bicéfalo (ni siquiera el modelo neoparlamentario se ajustaba bien al caso).²⁷ Si, al contrario, hubiesen decidido no adoptar el sistema de elección directa, habrían podido volver al sistema parlamentario, devolviendo a la Asamblea legislativa el poder de designación del Presidente, a su vez dotado de la facultad de elegir (o revocar) a los miembros del Ejecutivo.

La sentencia de la Corte Constitucional que con más contundencia intervino en este tema fue la 2/2004, resultado de un recurso gubernamental contra el estatuto de la Región de Calabria, en el que se preveía, entre otras cosas, la elección directa tanto del presidente como del vicepresidente. La decisión contenía una premisa general sobre la potestad estatutaria: las Regiones disponen de un “autónomo poder normativo para la configuración de un ordenamiento interno adecuado a la mayor responsabilidad diseñada por el nuevo Título V” en las competencias que la Constitución otorga a los estatutos (FJ 3) y, en especial, el legislador puede escoger una forma de gobierno diferente, si es más coherente con la realidad social, territorial y política.

En el modelo calabrés se establecía la necesidad de un nombramiento parlamentario después de las elecciones. La Corte Constitucional consideró ilegítimo dicho sistema, puesto que la Asamblea no podía si no decidir “sobre la base de la investidura popular expresada por los electores”, con lo cual, si no quería nombrar al presidente ganador de las elecciones (y al vicepresidente), solamente podía disolverse, al no estar dotada de discrecionalidad en la designación. Así se confirmaba “que nos encontramos ante un procedimiento de elección directa del Presidente y del Vicepresidente, enmascarado por una especie de obligatoria ‘aceptación’ por parte de la Asamblea regional” (FJ 4). Otro aspecto conflictivo fue que la legislatura no terminaría en todos los

²⁷ Al respecto, entre otros, Pitruzzella, G., “Forma di governo regionale e legislazione elettorale”, en *Le Regioni*, n. 3-4/2000; Zorzi Giustiniani, A., “Potestà statutaria e forma di governo regionale dopo la riforma del titolo V della Costituzione”, en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 2-3/2003.

casos previstos por el artículo 126 Const., puesto que en algunos supuestos subentraría el Vicepresidente con plenitud de facultades.²⁸

Después de esta sentencia, la Corte Constitucional ha vuelto algunas veces sobre el tema, pero siempre se trataba de aspectos más específicos, aunque de gran calado (por ejemplo, las consecuencias del voto sobre el programa presidencial: véanse las sentencias 371/2004 y 12/2006), y la decisión de los estatuyentes se presentaba ya como dicotómica: modelo estándar previsto en la ley constitucional 1/1999 o forma de gobierno parlamentaria. Todos los estatutos ordinarios han optado por la primera.²⁹

Por lo que se refiere al segundo aspecto —la regulación estatutaria de los derechos (b)—, la cuestión se inserta en la más amplia problemática de la legitimidad (y utilidad) de las normas estatutarias programáticas.

El problema de la codificación de los derechos ya se había planteado con los estatutos de primera generación, es decir, en los años 1970, cuando la Constitución todavía les encomendaba la regulación de la “organización interna de la Región”. Los objetivos enunciados, a veces, iban más allá de las competencias regionales,³⁰ pero no se trataba de cartas de derechos. En su momento, la Corte Constitucional había afirmado que “potencialmente” los legisladores regionales podían seleccionar algunos principios para el ejercicio de sus competencias: estas reglas representarían los objetivos políticos principales de cada territorio, pudiéndose perseguir los fines incluso mediante instrumentos de participación en la actividad estatal (como la iniciativa legislativa).³¹

En la reciente ola de reformas de los estatutos, tras las enmiendas constitucionales mencionadas, se han incluido numerosos principios y derechos, lo cual ha fundamentado varios recursos del Estado y ha requerido así nuevos pronunciamientos de la Corte Constitucional.

²⁸ Con lo cual se llegaba al resultado paradójico que algunos poderes reconocidos al vicepresidente no estaban en las manos del presidente. Véase al respecto Ruggeri, A. “Autonomia statutaria e forma di governo regionale: i ‘paletti’ della Consulta (e una riflessione finale)”, en *Le istituzioni del federalismo*, n. 2-3/2004, p. 387.

²⁹ Véase Ragone, “La forma de gobierno de las Regiones italianas: un contenido, múltiples fuentes”, en Ruiz-Rico Ruiz, G., Lozano Miralles, J. y Anguita Susi, J. (coords.), *El nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía: un enfoque comparado y multidisciplinar*, Jaén, UJAEN, 2007, pp. 85 y ss.

³⁰ Véase en particular Paladin, L., *Diritto regionale*, Padua, Cedam, 1997, 6ª ed., pp. 45 y ss.

³¹ Véanse, por ejemplo, las sentencias 40/1972, 829/1988 y 921/1988.

Los estatutos, conforme a la Carta fundamental y a la jurisprudencia constitucional, tienen una “competencia especializada y reservada”, están sometidos al principio de la “armonía con la Constitución” y no pueden vulnerar ni su letra ni su espíritu (véase la sentencia 304/2002), teniendo que ser coherentes con sus reglas y principios (véase la sentencia 196/2003).

En muchos casos las normas estatutarias simplemente repiten principios constitucionales (con evidentes problemas interpretativos)³² pero en otros los integran y llegan a contener listados de derechos.

Ahora bien, ¿qué tipo de cláusulas se encuentran en los nuevos estatutos? Entre los principios hay muchas disposiciones en materia de igualdad que retoman el artículo 3 de la Constitución, con referencia a categorías determinadas (los discapacitados, los mayores, los jóvenes, las minorías étnicas, lingüísticas, religiosas, etc.) o a las cuestiones de género. Se encuentran muchas referencias al principio de subsidiariedad, constitucionalizado con la reforma de 2001, a la tutela del medio ambiente, a la solidaridad, entre otros. Sobre los derechos también hay una amplia variedad: desde la salud a la educación, desde el derecho al trabajo a la libertad religiosa, junto al derecho a la vivienda, al deporte, a la música, a la paz³³ ... Los aspectos más problemáticos fueron el reconocimiento de derechos electorales a los extranjeros residentes³⁴ y la pro-

³² Véase Rossi, E., *Principi e diritti nei nuovi Statuti regionali*, en *Rivista di Diritto costituzionale*, 2005.

³³ Para un análisis exhaustivo al respecto se remite a las citas y a la bibliografía mencionada en Pegoraro, L. y Ragone, S., “Los derechos regionales en el sistema constitucional italiano con especial referencia a su regulación estatutaria”, en Gavara de Cara, J.C. (ed.), *Los derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*, Barcelona, Bosch, 2010, pp. 89 y ss. Véanse, en italiano, Catelani, E. y Cheli, E. (eds.), *I principi negli statuti regionali*, Bologna, il Mulino, 2008; Caretti, P., “La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione”, en *Le Regioni*, 2005; Bin, R., “Nuovi statuti e garanzie dei diritti”, en *Le istituzioni del federalismo*, 2003; Ruggeri, A., “La Corte, la ‘denormativizzazione’ degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale”, en *Le Regioni*, 2005; Lippolis, V., “Le dichiarazioni di principio degli statuti regionali”, en *Rassegna parlamentare*, 2005; Pegoraro, L., “La disciplina dei diritti negli ordinamenti policentrici con particolare riferimento al caso italiano”, en *Il diritto della Regione*, n. 1-2/2006; D’Atena, A., “I nuovi statuti regionali e i loro contenuti programmatici”, en *Le Regioni*, 2007.

³⁴ El art. 3.6 del estatuto toscano prevé que “la Región promueve, en el respeto de los principios constitucionales, la extensión del derecho de sufragio a los inmigrantes”; el art. 2.1.f del estatuto de Emilia Romagna expresa la voluntad de la Región de garantizar “el disfrute de los derechos sociales de los inmigrantes a los extranjeros prófugos, refugiados y apátridas, asegurando, en el ámbito de las facultades que le han sido reconocidas constitucionalmente, el derecho de sufragio de los inmigrantes residentes”.

tección de las familias y parejas no basadas en el matrimonio,³⁵ que formaban parte de los objetivos mencionados en algunos estatutos.

El Gobierno, quien recurrió en contra de estas disposiciones, consideraba que la extensión del sufragio vulneraba, entre otros, el artículo 48 Const., que lo reconoce a los ciudadanos italianos; el artículo 117.2.f y p, que prevé la reserva de ley estatal para la regulación de órganos estatales y leyes electorales y del sistema electoral de los entes locales. Y la protección de formas familiares diferentes parecía violar la competencia estatal en materia de “ciudadanía, estado civil y registros de vecindad” y de “orden civil” (art. 117.2.i y l Const.), además del principio de igualdad (art. 3) y de unidad del Estado (art. 5).

Sobre estas cuestiones (y otras) se pronunció la Corte Constitucional en una serie de sentencias que la llevaron a ser de nuevo protagonista en el escenario de la evolución regional. La legitimidad de las normas programáticas fue confirmada para los estatutos de segunda generación, tanto si constituyen el “reconocimiento de las funciones y de los deberes de la Región”, como si indican “áreas de intervención política o legislativa prioritaria”. La duda sobre la eficacia jurídica de dichas normas, sin embargo, se planteó ya en la primera sentencia al respecto (la 2/2004). En tres sentencias posteriores (372/2004, 378/2004 y 379/2004) la Corte remarcó la distinción entre contenidos necesarios y eventuales de los estatutos y aclaró que las normas programáticas, aunque estén dentro de una fuente del derecho, no tienen eficacia jurídica, “ya que se sitúan a nivel de convicciones expresivas de las diversas sensibilidades políticas presentes en la comunidad regional en el momento de la aprobación del estatuto”; con lo cual su función es exclusivamente de naturaleza cultural o política. Como consecuencia los recursos no fueron admitidos, a la luz de la falta de idoneidad lesiva de las normas impugnadas.

La Corte añadió un aspecto esencial que representa la diferencia entre las normas programáticas constitucionales y las estatutarias: las

(...) proclamaciones de objetivos y compromisos no pueden ser ciertamente asimiladas a las denominadas normas programáticas de la

³⁵ Prácticamente todos los estatutos dedican un artículo a la tutela de la familia “tradicional”, pero algunos la amplían a otras hipótesis: el estatuto de Toscana, en el art. 4.1. h, afirma que la Región persigue, entre sus finalidades prioritarias, “el reconocimiento de las otras formas de convivencia”; el estatuto de Umbria, en el art. 9, prevé que la Región “tutela otras formas de convivencia”.

Constitución, a las cuales, por su valor de principio, generalmente han sido reconocidas no solo un valor programático respecto de la futura disciplina legislativa, sino que sobre todo por una función de integración e interpretación de las normas vigentes.

Las disposiciones programáticas de los estatutos, como lo dijo L. Paladin, corrían el riesgo, por su carácter genérico, de convertirse en ineficaces e improductivas.³⁶ Y así fue.

Varias dudas surgen de dicha doctrina: en primer lugar, no se reconoce valor al acto en el que se encuentran las disposiciones; en segundo lugar, la falta de valor legal podría justificar cualquier contenido posible (aunque las normas impugnadas fueron salvadas, probablemente, porque no son constitucionalmente incompatibles); en tercer lugar, no hay distinción según la materia de referencia. Si se tratara de disposiciones relacionadas con una materia encomendada a la legislación regional, se le podría reconocer el papel de principios-guía para el legislador regional en el ejercicio de su competencia.

Poco después, en noviembre de 2005, el Parlamento aprobó otra enmienda, que establecía un giro en sentido federal, por lo menos nominativo. Sin embargo, tal y como ocurrió con la enmienda de 2001, no se alcanzó la mayoría de 2/3, prevista en el artículo 138 Const., sino solo la mayoría absoluta y el texto, sometido a referéndum en junio de 2006, fue rechazado por la mayoría de los votantes. Por ello nunca entró en vigor.

Esta enmienda preveía un “Senado Federal de la República”, cuya elección, conforme al artículo 57 modificado, estaría “regulada mediante ley estatal, que garantice la representación territorial por parte de los senadores”. Además, modificaba el *iter legis* estableciendo diferentes procedimientos, con niveles distintos de intervención de la Cámara Alta, según se tratara de una materia de competencia estatal o compartida (art. 70 del proyecto). Se mantenía la tripartición entre materias exclusivas del Estado, concurrentes y residuales para las Regiones (art. 117) y se constitucionalizaba la Conferencia Estado-Regiones como sede de coordinación entre niveles territoriales (art. 118).

Sin que se pueda profundizar en ello, cabe mencionar que en los últimos años, desde la ley 42/2009, ha empezado el desarrollo del “federalismo fiscal”

³⁶ Paladin, *Diritto regionale...*, *op. cit.*

previsto en el artículo 119 Const. tras las reformas.³⁷ El Estado sigue disponiendo de competencias exclusivas sobre el sistema tributario y contable nacional y la perecuación financiera, conforme al artículo 117 Const. Mientras, ha intervenido también la reforma constitucional de 2012 relativa al equilibrio presupuestario, con la cual se ha extendido dicho principio a todos los entes regionales y se ha remarcado que las Regiones cooperan para el cumplimiento de los vínculos económicos y financieros que derivan de las normas europeas. Además, se ha añadido a las competencias exclusivas del Estado *ex* artículo 117 la armonización de los presupuestos públicos.

5. Reflexiones críticas sobre la utilidad del ejemplo italiano en perspectiva comparada

El caso italiano resulta útil para el observador externo porque es un ejemplo de la inestabilidad típica de los Estados descentralizados, donde coexisten más niveles representativos con el deseo de adquirir más autonomía. Hay que entender la inestabilidad como síntoma de una continua evolución y no necesariamente de falta de instituciones sólidas y duraderas. A lo largo de los años se han alternado periodos caracterizados por un tendencial aumento de la autonomía y por la potenciación de las funciones de dirección y coordinación estatal. Además, el (largo) proceso de implantación de las autonomías regionales, seguido por la fase de estabilización y consolidación, puede ofrecer al legislador y al estudioso la prueba de que, aunque tarde, ha sido posible impulsar el sistema.

Un aspecto a destacar es el carácter asimétrico del modelo, en el que desde el principio se ha intentado respetar las peculiaridades de las áreas del país, lo cual, para un territorio plural como el colombiano, sería probablemente la única vía posible.

Justamente los acontecimientos de la última década demuestran la importancia de la diferenciación territorial desde el punto de vista político antes que jurídico. Si la jurisprudencia inicial de la Corte Constitucional estaba encaminada a la afirmación del principio de unidad, el planteamiento, si bien ha cambiado a lo largo de estos sesenta años, no lo ha hecho tanto con refe-

³⁷ Para un análisis crítico de la ejecución de la reforma de 2001, incluidos los aspectos financieros, véase Mangiameli, S., *Lettture sul regionalismo italiano. Il titolo V tra attuazione e riforma della riforma*, Turín, Giappichelli, 2011.

rencia a determinados temas sensibles como los derechos. Los estatutos son el principal acto de autonomía de las Regiones, pero no son constituciones (como si se tratase de Estados federados). Para que esto fuese posible, probablemente haría falta una nueva reforma constitucional basada en un pacto institucional entre las fuerzas políticas, con el deseo de superar las “asignaturas pendientes” del sistema.³⁸

Los dos principios básicos del modelo son unidad y autonomía y entre estos dos polos el Estado y las Regiones son llamados a gestionar su relación según los patrones de la cooperación leal. El otro principio fundamental que ha sido revalorizado por las reformas de 1999 y 2001 es el de diferenciación, previsto con referencia a las funciones administrativas e implícitamente reconocido gracias al sistema del artículo 116.3 Const.

Un carácter imprescindible es, a su vez, la participación de la Corte Constitucional en la evolución del sistema, en la que se ha intentado fijar la atención a lo largo del texto: la jurisprudencia es esencial en la interpretación de la división de competencias (división que se encuentra en todo Estado descentralizado).

Otro rasgo esencial es la influencia de los niveles supranacionales, en el caso italiano, el europeo, en la definición de la amplitud concreta de las funciones de los entes territoriales. Es verdad que la Unión Europea representa una organización de Estados prácticamente única, pero es interesante subrayar aquí que la participación italiana en ella ha sido determinante para las Regiones: por un lado, porque han visto reducida su autonomía legislativa (muchas de las materias regionales han sido transferidas a la UE, con lo cual las Regiones disponen ahora de una mera facultad de ejecución y desarrollo) y financiera; por otro lado, porque han tenido que potenciar otras actividades para inserirse en el proceso decisorio. A este respecto, resultan esenciales las sedes de la coordinación entre los diferentes niveles (en primer lugar, la Conferencia Estado-Regiones) que permiten a su vez el cumplimiento de la cooperación leal. El Estado nacional (y es muy común) se encuentra así “amenazado” tanto por los actores territorialmente superiores, a nivel europeo e internacional, como por sus entes descentralizados.

³⁸ Aunque no haya tenido éxito, no se puede afirmar *a priori* que alguna Región intente usar en un futuro el instrumento del art. 116.3 Const. para diferenciar su autonomía legislativa.

Bibliografía

- Italia, Corte Constitucional, Sentencia 2/2004.
- Italia, Corte Constitucional, Sentencia 371/2004.
- Italia, Corte Constitucional, Sentencia 12/2006
- Italia, Corte Constitucional, Sentencia 40/1972
- Italia, Corte Constitucional, Sentencia 829/1988
- Italia, Corte Constitucional, Sentencia 921/1988.
- Amorth, A., *Le Province*, Vicenza, Neri Pozza, 1968.
- Bassanini, F., *L'attuazione delle Regioni*, Florencia, Nuova Italia, 1970.
- Demuro, G., Regiones ordinarias e regiones especiales, en T. Groppi, M. Olivetti (eds.), *La Repubblica delle autonomie*, Turín, Giappichelli, 2001.
- Ferrari, G.F. y Parodi G. (eds.), *La revisione costituzionale del titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, Padua, Cedam, 2003.
- Giannini M.S., *Las Regiones en Italia*, Civitas, Madrid, 1984.
- Giannini, M.S., *I Comuni*, Vicenza, Neri Pozza, 1967.
- Guarino G., “Le regioni nell’evoluzione politica e costituzionale”, en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1970.
- Mangiameli, S., *Lettture sul regionalismo italiano. Il titolo V tra attuazione e riforma della riforma*, Turín, Giappichelli, 2011.
- Paladin, L., *Diritto regionale*, Padua, Cedam, 1997, 6ª ed.
- Pavani, G., *Estudio constitucional y legal del modelo territorial italiano*, en *Derechos y Valores*, n. 17/2006, pp. 166 y ss.
- Pavani, G. y Ragone S., “Tendencias y características de la descentralización en Europa: reflexiones comparadas sobre la autonomía territorial”, en Estupiñán Achury, L. y Gaitán Bohórquez J. (coords.), *El principio constitucional de autonomía territorial. Realidad y experiencias comparadas*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010.
- Pegoraro, L. y Ragone, S., “Los derechos regionales en el sistema constitucional italiano con especial referencia a su regulación estatutaria”, en Gavara de Cara, J.C. (ed.), *Los derechos como principios objetivos en los estados compuestos*, Barcelona, Bosch, 2010.
- Pitruzzella G., “Forma di governo regionale e legislazione elettorale”, en *Le Regioni*, n. 3-4/2000.
- Ragone, S., “‘Sustainable Differentiation’: the 21st Century Challenge to Decentralization (a Comparative Study of Italy and Spain, with Special

- Attention to Constitutional Case Law)", en López Basaguren, A. y Escajedo San-Epifanio L. (eds.), *The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain*, Springer, Berlín, 2012.
- Ragone S., "Gli statuti regionali tra contenuti necessari e contenuti eventuali (con particolare riguardo alle problematiche della definizione della forma di governo e delle norme programmatiche)", en Rossi, E. (ed.), *Le fonti del diritto nei nuovi statuti regionali*, Padua, Cedam, 2007.
- Ragone, S., "La forma de gobierno de las Regiones italianas: un contenido, múltiples fuentes", en Ruiz-Rico Ruiz, G., Lozano Miralles, J. y Anguita Susi, A. (coords.), *El nuevo Estatuto de autonomía para Andalucía: un enfoque comparado y multidisciplinar*, Jaén, UJAEN, 2007.
- Reposo, A., *Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, Turín, Giappichelli, 2005, 2ª ed.
- Rolla, G., "La evolución del principio unitario en Italia: desde la unificación hasta la República", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 18/2012.
- Rolla, G., *La evolución del Estado regional en Italia*, en www.crdc.unige.it.
- Rotelli E. (ed.), *Dal regionalismo alla regione*, il Mulino, Bolonia, 1973.
- Ruggeri, A., "Autonomia statutaria e forma di governo regionale: i "paletti" della Consulta (e una riflessione finale)", en *Le istituzioni del federalismo*, n. 2-3/2004, p. 387.
- Zorzi Giustiniani, A., *Potestà statutaria e forma di governo regionale dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 2-3/2003.

Federalismo y autonomía territorial y política en Argentina

Víctor Bazán*

Sumario

1. El recorrido propuesto. — 2. Sucintas anotaciones generales. — 3. Aclaración histórico-constitucional previa. — 4. El sistema federal en la Argentina. 4.1. Dos fuerzas en interacción. 4.2. Otras características que exhibe la estructura estatal argentina. 4.3. Somera presentación del principio de “lealtad federal”. — 5. Federalismo y reforma constitucional de 1994. 5.1. El proclamado “fortalecimiento del federalismo”. 5.2. El discurso y la realidad. 5.3. Lo deseable en materia de coparticipación federal. — 6. De ciertas cuestiones de interés (en ocasiones, conflictivas) en el ámbito de la estructura federal. 6.1. Introito. 6.2. Reforma constitucional y autonomía municipal. 6.3. La regionalización. 6.4. La actividad internacional de las provincias. 6.5. ¿Son incompatibles los procesos de integración regional con el federalismo u otra forma de estructura estadual compleja? — 7. Sumarias aportaciones complementarias. 7.1. El derecho público provincial y sus reflejos anticipatorios *vis-à-vis* la Constitución nacional. 7.2. En materia de derechos humanos, la

* Profesor Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público y Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Profesor Invitado de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en diversas universidades argentinas y del exterior. Autor, coautor y coordinador de alrededor de 70 libros y más de 200 artículos en materias de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos. Ha realizado numerosas actividades académicas, dictado cursos y conferencias e intervenido como Profesor Visitante en Universidades, Centros de Estudio y organismos públicos de Argentina, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, EE.UU., Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Constitución nacional ¿es un piso o un tope para las constituciones provinciales? 7.3. Sobre la denominada cláusula federal. 7.4. El control de convencionalidad. — 8. Epílogo. — Bibliografía.

1. El recorrido propuesto

El itinerario que recorreremos comenzará, a modo de contextualización, con ciertas apreciaciones genéricas sobre el federalismo.

Seguidamente, y ya enfocándonos en el ámbito argentino, efectuaremos una aclaración preliminar en torno al ciclo constituyente originario desplegado entre 1853-1860. El texto histórico acondicionado en 1860 (con el ingreso de la Provincia de Buenos Aires a la Federación Argentina) rige actualmente con las modificaciones de 1866, 1898, 1957 y 1994.

A continuación, brindaremos un panorama del sistema federal en nuestro país, para luego movernos hacia un análisis de la última reforma constitucional (como vimos, producida en 1994) en lo atinente al federalismo y a la brecha existente entre las declaraciones normológicas contenidas al respecto en el texto de la Constitución Nacional (C.N.) y la insuficiente o nula concreción pragmática de algunas de ellas.

Será momento entonces de examinar diversas cuestiones significativas en el marco de la estructura estadual federal: la autonomía municipal; la facultad de las provincias en punto a constituir regiones para su desarrollo económico y social; la potestad de aquellas de realizar actividades en el ámbito internacional, por caso, la celebración de convenios internacionales con conocimiento del Congreso de la Nación y dentro de los límites fijados por el principio de “lealtad federal” y el complejo interrogante sobre si los procesos de integración que el Estado nacional emprenda *ad extra* (v.gr., el Mercosur), resultan o no compatibles con la configuración estadual federal *ad intra*.

Más tarde abordaremos otros asuntos de interés, por ejemplo, el relativo a los reflejos anticipatorios del derecho público provincial *vis-à-vis* la C.N., en materias relevantes como los derechos fundamentales y los procesos constitucionales para efectivizarlos (además de otras imágenes como el carácter autonómico de los municipios y el dominio de los recursos naturales obrantes en su territorio); el que gira en torno a si las constituciones provinciales pueden pautar más derechos que los contenidos en la Carta básica nacional o dotar a los consagrados en ésta de una protección jurídica más intensa; responder al interrogante acerca de qué hablamos cuando hablamos de la “cláusula

federal” incluida en ciertos instrumentos internacionales en el campo de los derechos humanos, como la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica; y efectuar una breve aproximación al control de convencionalidad.

El cierre de la contribución vendrá de la mano de ciertas reflexiones de recapitulación, que se unirán a otras apreciaciones conclusivas volcadas en el nudo de la indagación que ponemos a consideración del lector.

2. Sucintas anotaciones generales

En primer lugar, es preciso evocar que el federalismo es un proceso *dinámico* y con numerosas fórmulas posibles de configuración.

Tanto, que ha devenido clásica la puntualización de Friedrich en cuanto a que “existen tantos federalismos como Estados federales con sus múltiples variantes”.¹

Solo por citar una perspectiva autoral de la cual se infiere la nutrida constelación de modalidades federales, Wricht evoca el caso de un autor (Davis) que ha sostenido que el concepto de federalismo en los EE.UU. ha sido modificado o delimitado con tal profusión que es posible determinar y enumerar cuarenta y cuatro “tipos” diversos de federalismo. Al respecto, señala que Davis se pregunta si el concepto ha sido “envenenado lentamente mediante dosis crecientes de delimitación y cambio de terminología o enriquecido por nuevas ideas acerca de cómo los seres humanos se asocian entre sí”,² para añadir que cuanto “más hemos llegado a saber sobre él, menos satisfactoria y menos respetable se ha hecho la casi totalidad de nuestra tradición de teoría federal”.³

Para intentar comprender más cabalmente la lógica de funcionamiento del Estado federal en general, es útil servirse del ensayo analítico que realiza Lijphart al explorar el desempeño de treinta y seis países desde una doble dimensión de enfoque: la primera, del poder conjunto a partir del binomio

¹ Friedrich, Carl, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1946, p. 207.

² Davis, Solomon Rufus, *The Federal Principle: A Journey Through Time in Quest of Meaning*, University of California Press, Berkeley, California, 1978, p. 204; *op. cit.* por Wricht, Deil S., “Del federalismo a las relaciones intergubernamentales en los Estados Unidos de América: una nueva perspectiva de la actuación recíproca entre el gobierno nacional, estatal y local”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, N° 6, noviembre-diciembre de 1978, Centro de Estudios Constitucionales (CEC), trad. de Faustino González González, Madrid, p. 8.

³ Davis, Solomon Rufus, *The Federal Principle: A Journey Through...*, *op. cit.*, p. 205.

Ejecutivos-partidos, y la segunda —la que en realidad nos interesa remarcar aquí— del poder segmentado partiendo de la distinción *federal-unitario*, lo que en definitiva le permite catalogar los distintos supuestos entre democracia mayoritaria y *democracia consensual*.⁴

El examen de esta segunda dimensión: división del poder a partir de la distinción federal-unitario, que se corresponde con el modelo que el autor denomina “democracia consensual”, es realizado tomando en cuenta las siguientes variables: *i) división del poder*, caracterizado en la democracia consensual por la no concentración de aquel e identificándose dos maneras básicas: el poder compartido y el poder dividido, este último mediante el *federalismo* y la *descentralización*, *ii) parlamentos y congresos*, respecto de lo cual afirma que el esquema consensual diseña un legislativo bicameral, con el poder dividido en dos diferentes cámaras, *iii) constituciones* normalmente rígidas que solo pueden modificarse por medio de mayorías extraordinarias, *iv) revisión judicial*, en el contexto de sistemas en los que justamente las leyes están sometidas a semejante control por parte de los tribunales y *v) bancos centrales*, cuya autonomía entraña una forma más de división del poder.

En lo particularmente tocante al federalismo y la experimentación institucional, el citado doctrinario subraya que uno de los aspectos de la autonomía de las unidades constituyentes de las federaciones es que éstas tienen sus propias constituciones, que pueden reformar de manera libre dentro de ciertos límites impuestos por las constituciones federales; lo que si bien teóricamente brinda la posibilidad de experimentar con diversas formas gubernativas, en la práctica se descubre un *isomorfismo* entre las formas gubernamentales centrales y las de las unidades componentes en cada país, como de las de estas entre sí.⁵

Más allá de otras aportaciones, sostiene que “el federalismo es una organización política en la que las actividades del gobierno están divididas entre los gobiernos regionales y el gobierno central de modo que cada tipo de gobierno tiene ciertas actividades en las que toma decisiones finales”.⁶

⁴ Lijphart, Arend, *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, Ariel, Barcelona, 2000.

⁵ *Ibidem.*, p. 187.

⁶ *Ibidem.*, p. 178.

3. Aclaración histórico-constitucional previa

Moviéndonos hacia el contexto argentino, el texto original de la Constitución nacional data de 1853-1860, lapso durante el cual se desplegó el poder constituyente originario.⁷ Para comprender más acabadamente la apreciación en punto al mantenimiento del ciclo constituyente originario hasta 1860⁸ corresponde efectuar ciertas puntualizaciones.

Debe señalarse que el texto fundacional fue sancionado el 1 de mayo de 1853, sin la concurrencia de la disidente Provincia de Buenos Aires, y vedaba expresamente su reforma hasta después de diez años de ser jurada.

Sin perjuicio de ello, el 11 de noviembre de 1859 se celebró el denominado “Pacto de San José de Flores”, por medio del cual Buenos Aires se declaró parte integrante de la Confederación Argentina.

En 1860, esto es, dentro del plazo de vigencia de la prohibición de reforma y sobre la base del nuevo esquema de estructuración política —ya con Buenos Aires incorporada al mismo—, se llevó a cabo una importante revisión y complementación del texto de 1853 por la que, entre otras cosas, se dispuso que se utilizara la denominación “Nación Argentina”; se suprimió el mecanismo de control político del Congreso nacional sobre las provincias, al eliminarse el recaudo de aprobación por aquél de las constituciones locales y se incorporó el importante artículo 33 al texto constitucional, referido a los derechos implícitos.⁹

La Constitución de 1853-60 rige hoy con las reformas de 1866, 1898, 1957 y la más reciente, una importante innovación operada en 1994,¹⁰ que será particular objeto de estudio en esta contribución.

⁷ Median discrepancias doctrinarias sobre el punto, pues algunos autores consideran a la de 1860 como una *reforma constitucional* y no como el *cierre del poder constituyente originario inaugurado en 1853*.

⁸ Ver, para ampliar sobre el particular, Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1996, pp. 375-376.

⁹ La aludida disposición reza: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

¹⁰ Para facilitar la lectura de esta contribución, reproduciremos las disposiciones constitucionales más importantes en torno a los temas centrales que aquí se abordan.

Dejamos sentado que, salvo aclaración en contrario, la utilización del énfasis en las normas transcritas no corresponderá al original, sino que será agregado por nuestra parte.

4. El sistema federal en la Argentina

4.1. Dos fuerzas en interacción

Simplificando al extremo la cuestión, el federalismo argentino es una combinación de dos fuerzas: una, *centrípeta* y la otra, *centrífuga*.

La primera, que va de la periferia hacia el centro, supone la existencia de una unidad en el Estado nacional argentino, que es *soberano*; mientras que la segunda, del centro hacia la periferia, implica la descentralización que permite la existencia de una pluralidad de provincias, que son *autónomas*.

Precisamente, el esquema federal pugna por establecer la unidad dentro de la variedad, funcionalizando los principios de autonomía y de participación.

El artículo 1 de la Constitución argentina establece que la Nación argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y *federal*. Las dos primeras serían más bien *formas de gobierno*, mientras que la tercera es una *forma de Estado*, desde que supone una relación entre el poder y el territorio en la cual aquél —en principio— se descentraliza políticamente con base física o geográfica.

Las provincias argentinas preexistieron a la Nación. No las veintitrés que hoy conforman el Estado argentino, sino las catorce que existían al momento de dar estructuración a aquella. Luego fueron agregándose otras y provincializándose territorios nacionales¹¹ hasta llegar al número actual.

Debe advertirse que si bien en general el federalismo argentino se inspira en el norteamericano (del que también tomó el modelo presidencialista), median diferencias importantes entre ambas configuraciones, por ejemplo, acerca de los disímiles niveles o gradaciones de descentralización que presentan y las particularidades que cada uno de los contextos históricos ofrecía al tiempo de sus respectivas vertebraciones.

Dicho de otro modo, no se trata de una copia mecánica o de un simple ejercicio de mimesis del diseño norteamericano.

En tren de comparar las estructuraciones federales de EE.UU. y la Argentina, se ha sostenido que la referencia a la Constitución estadounidense es relevante por cuanto sirve para explicar —siguiendo su proceso histórico—

¹¹ El último en provincializarse fue el Territorio de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, por medio de la Ley N° 23.775, publicada el 15 de mayo de 1990. Su constitución fue sancionada en 1991.

que el sistema federal no siempre supone un proceso de descentralización territorial. En el caso de los Estados Unidos se trató, por el contrario, de un proceso de centralización de funciones y competencias desde los Estados preexistentes en los pactos de la unión perpetua y los artículos de la Confederación hacia un Estado federal (...). Nuestro país [Argentina] adoptó el federalismo en un contexto histórico diferente y más bien como una fórmula superadora de los antagonismos y luchas feroces entre unitarios y federales, siendo que los integrantes de este último bando no eran propiamente ‘federalistas’ en el sentido del modelo norteamericano, sino independentistas que propugnaban una confederación de Estados soberanos cuyo fundamento principal era la oposición a Buenos Aires (...).¹²

4.2. Otras características que exhibe la estructura estatal argentina

A) En el Estado federal argentino coexisten la Nación, las provincias (dentro de éstas, los municipios) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), que es la capital del país.

En el marco de su autonomía, las provincias pueden sancionar sus *propias constituciones*, obviamente respetando el sistema representativo y republicano como forma de gobierno, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 5¹³ de la C.N.

Tal vez la cuestión que, sintetizada al máximo, presentáramos líneas arriba en cuanto a la preexistencia de las provincias, permita comprender que la C.N. contenga una norma, el artículo 121 en la numeración actual (inspirado en la Décima Enmienda¹⁴ de la Constitución de los EE.UU., que enuncia la doctrina del *dual federalism*), que establezca que “*las provincias conservan*

¹² Dalla Via, Alberto R., “Actualidad del federalismo argentino”, en Serna de la Garza, José M. (coord.), *Federalismo y regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México D.F., 2002, p. 58.

¹³ La cláusula en cuestión establece: “*Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones*” (Énfasis agregado).

¹⁴ Tal Enmienda dice: “Los poderes no delegados a los Estados Unidos y no expresamente negados a los Estados son reservados a los Estados respectivamente o al pueblo”.

todo el poder no delegado por esta constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación” (Énfasis agregado).

B) Siguiendo el hilo descriptivo que propone Bidart Campos, las relaciones típicas en la estructura federal son: *i)* de *subordinación*, en razón de la cual los ordenamientos locales deben ajustarse al ordenamiento federal *ii)* de *participación*, por la que se concede cierto espacio a la colaboración de las provincias en las decisiones del gobierno federal, a través de la Cámara de Senadores y *iii)* de *coordinación*, que delimita las competencias federales y provinciales mediante una distribución o un reparto.¹⁵

Precisamente en función de tal *reparto* existen, según el esquema que bosqueja el autor traído en cita en este punto,¹⁶ las siguientes *competencias*: *i)* *exclusivas del Estado federal* (por ejemplo, la declaración de la intervención federal —punto que retomaremos *infra*— o del estado de sitio¹⁷), *ii)* *exclusivas de las provincias* (v.gr., dictar sus propias constituciones y legislaciones procesales), *iii)* *concurrentes* (por caso, establecer los impuestos indirectos internos —art. 75, inc. 2°, párr. 1°—), que pueden ser ejercidas tanto por el Estado federal como por las provincias, *iv)* *excepcionales del Estado federal* (v.gr., establecer impuestos directos en los términos del artículo constitucional 75, inc. 2°, párr. 1°, y solo por tiempo determinado), *v)* *excepcionales de las provincias* (por ejemplo, dictar los códigos de fondo mientras no los sancione o

¹⁵ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, T. I, *op. cit.*, pp. 440-441.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 441-444.

¹⁷ El art. 23 de la C.N. establece: “En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, *se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales*. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar *por sí ni* aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino” (Énfasis agregado).

La declaración de estado de sitio en uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior es atribución del Congreso de la Nación, Cuerpo este último que también ostenta la potestad de aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo (art. 75, inc. 29).

De acuerdo con el art. 99, inc. 16, de la C.N., el Presidente de la Nación “[d]eclara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior solo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo (...)”.

haya sancionado el Congreso de la Nación —cfr. interpretación del art. 126¹⁸ de la C.N.—) y *vi) compartidas* entre el Estado federal y las provincias, que requieren una “doble decisión integratoria” (por caso, cuándo debe intervenir el Estado federal y una o más provincias participantes en la fijación de la Capital federal —art. 3¹⁹ de la C.N.—).

Finalmente, en relación con la distribución competencial, existiría una cuestión inadmisibile y proscripta a toda instancia gubernamental (nacional o provincial, prohibición que —pensamos— se hace incluso extensiva, *mutatis mutandi*, a la CABA y a los municipios), en los términos del artículo 29²⁰ de la C.N.: la concesión de facultades extraordinarias o la suma del poder público a quien ejerza el correspondiente Poder Ejecutivo (presidente de la Nación, gobernador de provincia, jefe de gobierno de la CABA o intendente municipal).

C) En función de lo expresado anteriormente, los entes provinciales no pueden invadir los ámbitos de competencia federal ni derogar las fuentes normativas federales con un nivel jerárquico superior a las provinciales.

De hecho, el artículo 31 de la Carta Básica enumera las fuentes que son *ley suprema de la Nación*: la propia C.N., las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras. Al respecto especifica que “las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales”²¹ (Énfasis agregado).

Además, el artículo 126 de la C.N. señala que *las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación*. Añade la aludida norma que:

¹⁸ Norma que, *inter alia*, determina que las provincias *no pueden dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después de que el Congreso los haya sancionado*.

¹⁹ Tal cláusula preceptúa: “Las autoridades que ejercen el Gobierno federal, residen en la ciudad que se declare Capital de la República por una ley especial del Congreso, previa cesión hecha por una o más legislaturas provinciales, del territorio que haya de federalizarse”.

²⁰ Esa norma, que no fue reformada en 1994, dispone: “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

²¹ En su parte final, tal artículo deja a salvo de tal principio general a los tratados ratificados por la Provincia de Buenos Aires después del Pacto de 11 de noviembre de 1859, es decir, el nombrado “Pacto de San José de Flores”.

No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros.

De su lado, y como lo marca el artículo 128, *ibidem*, los gobernadores de provincia son agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación, las que deben ser respetadas de conformidad con el principio de *lealtad federal* que los entes subnacionales deben prodigar al Estado federal y que, por supuesto, este también debe dispensar a aquellos, en el marco de un federalismo cooperativo y de concertación (y, por tanto, no competitivo).

Con todo, puede comprobarse empíricamente que, si bien como se ha puntualizado, existen normas que diseñan el reparto de competencias entre el Estado federal y las provincias, median ámbitos de compleja delimitación y espacios de actividad intergubernamental común entre ambas instancias.

Por tanto, al hilo del dinamismo propio de todo federalismo, las relaciones y la distribución competencial al interior de la estructura estatal federal no son siempre sencillas ni lineales.

Sea como fuera, como *mutatis mutandi* expresa Fernández Segado,

(...) la distribución de competencias no ha de verse sólo estáticamente, esto es, petrificada en la forma que le diera la Constitución en un momento histórico concreto, sino que debe verse adaptada dinámicamente a las respectivas exigencias de tiempo y lugar y, cuando sea preciso, debe seguir siendo desarrollada.²²

²² Fernández Segado, Francisco, "Reflexiones críticas ..., *op. cit.*, p. 137.

Ya desde antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) sostuvo que debe evitar que se desnaturalicen el equilibrio y la armonía con que operan los poderes federales y provinciales, *que actúan para ayudarse y no para destruirse*. Tal afirmación fue vertida en el consid. 9° de la mayoría *in re* “Pucci, Jorge y otro c/ Braniff International”,²³ de 28 de octubre de 1975, aunque había sido anticipada en *Fallos*, 286:301 y sus citas.

D) En suma, en el escenario argentino conviven la Constitución nacional con las constituciones de cada uno de los veintitrés estados provinciales (art. 123 de la C.N.²⁴) e incluso con la de la CABA, la que, si bien no es una provincia ni un municipio, cuenta con un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y con un jefe de gobierno y legisladores elegidos directamente por el pueblo de la ciudad (art. 129, *ibid*).

Lo expuesto implica que las provincias (al igual que la CABA) se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas, eligiendo a sus gobernadores, legisladores y demás funcionarios, sin intervención del gobierno federal (art. 122, *ibidem*).

A su tiempo, aunque la sanción de los códigos de fondo en la distintas materias (civil, comercial, penal, etc.) corresponda al Congreso nacional, lo que significa que existe un solo cuerpo normativo sustantivo de cada temática para toda la Nación (art. 75, inc. 12, de la C.N.);²⁵ las provincias están facultadas para dictar sus códigos procesales o adjetivos (v.gr., procesal civil, procesal penal, procesal laboral) en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales, los que cohabitan con los códigos procedimentales existentes en el ámbito federal (uno para cada espacio temático, por ejemplo, un Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y un Código Procesal Penal de la Nación, aplicables en todo el país para la justicia federal).

Asimismo, cada provincia (también la CABA) estructura su propio sistema de administración de justicia, su modelo de control de constitucionalidad y

²³ *Fallos*, 293:287. La mayoría estuvo compuesta por los ministros Masnatta, Levene (h.) y Ramella; mientras que por su voto se pronunció el juez Díaz Biale.

²⁴ Tal norma determina que cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el aludido art. 5 de la C.N., “Asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

²⁵ Establece como atribución del Congreso de la Nación la de dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social (este último nunca fue sancionado).

sus específicos institutos procesal-constitucionales, en lo concerniente a sus normativas locales.

De allí que en nuestro país convivan el esquema judicial y de contralor de constitucionalidad federal, con los correspondientes a cada una de las provincias y a la CABA.

Tal realidad marca la existencia de un universo plural de instrumentos jurídicos, jurisdicciones y competencias que deben interactuar en la tipología de estructuración federal que da forma y textura al Estado argentino.

Ello genera una compleja urdimbre de relaciones entre las distintas instancias políticas del sistema institucional, que por lo demás y en lo que tiene que ver con la configuración del gobierno, muestra un intenso tinte *presidencialista*.

4.3. Somera presentación del principio de “lealtad federal”

Ya hemos nombrado expresamente al principio de “lealtad federal”. Pero, ¿de qué hablamos cuando hablamos de semejante pauta?

Para comenzar a responder la pregunta debemos transportarnos al sistema federal alemán, donde el principio en cuestión ha obtenido mayores niveles de elaboración doctrinaria y jurisprudencial y de aplicación pragmática.²⁶ Ya más recientemente se ha extendido también a otros sistemas estaduales de estructuración compuesta o compleja, por ejemplo Austria, Bélgica, Italia, Suiza, España.

La *Bundestreue*, como se denominó a la “lealtad federal” en Alemania, dio origen a un principio constitucional no escrito que emana del principio del Estado federal. Aquel postulado presenta dos dimensiones: de una parte, el respeto obligado que los Länder deben rendir a la normativa federal; de otra, la improcedencia de que la Federación (*Bund*) fije políticas sin escuchar a aquellos o impidiendo su participación en ellas.

Al respecto, Faller ha precisado que la relación entre el *Bund* y los *Länder*, así como la de éstos entre sí, “no se caracteriza por una vecindad aislada, sino

²⁶ Se ha afirmado que ello ha ocurrido en el contexto del constitucionalismo alemán, “tanto en la Constitución del II Reich alemán de 1871 (incluso mucho antes, cuando ni siquiera puede hablarse propiamente de un Estado federal), como en la Constitución de Weimar de 1919, e incluso en la vigente Ley Fundamental de Bonn de 1949” (Álvarez Álvarez, Leonardo, “La función de la lealtad en el Estado autonómico”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 22, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2008, p. 502).

que exige la cooperación, así como las atenciones recíprocas. Las relaciones políticas entre el Estado central y los Estados miembros están determinadas mediante una relación de confianza mutua, expresada en el concepto de ‘lealtad federal’. Este principio pertenece a las normas constitucionales inmanentes de la Ley Fundamental, que regulan las relaciones entre el *Bund* y los *Länder*”.²⁷

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGE), el principio de lealtad federal exige que tanto la Federación como los *Länder* “deban respetar de manera razonable en el ejercicio de sus competencias el interés común del Estado federal y los intereses de los *Länder*”.²⁸

Además, dicho principio se aplica también a las relaciones entre los *Länder*. El principio del comportamiento federal amistoso obliga a cada *Land* a respetar en el ejercicio de sus derechos, en lo necesario, los intereses de los otros *Länder* y de la Federación. El *Land* no debe insistir en la imposición de posturas que tengan un efecto limitador jurídico cuando con ello se alteren los intereses fundamentales de otro *Land*. En este principio constitucional del comportamiento federal amistoso radica sistemáticamente la frase no escrita de cláusula *rebus sic stantibus* en el Estado federal, que apunta a las relaciones constitucionales entre las partes de la “República Federal de Alemania”.²⁹

Extrapolando *mutatis mutandi* aquellas apreciaciones al sistema argentino, y como se ha sostenido, el principio de lealtad federal

(...) supone que en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales que, para su deslinde riguroso, pueden ofrecer duda, debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes; en sentido positivo, implica asumir una conducta federal leal, que tome en consideración los intereses del

²⁷ Faller, Hans J., “El principio de la lealtad federal en el orden federativo de la República Federal de Alemania”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, N° 16, julio-agosto de 1980, CEC, trad. de Ramón García Cotarelo, Madrid, p. 197.

²⁸ BVerfGE 32, 199, 218; cit. por Robbers, Gerhard, “La contribución de la jurisdicción constitucional en la configuración del Estado federal en Alemania”, *Revista catalana de dret públic*, N° 43, 2011, Generalitat de Catalunya, Escola d’Administració Pública de Catalunya, Barcelona, p. 5, nota 27.

²⁹ BVerfGE 34, 216, 232; *op. cit.*, en la obra mencionada en la nota anterior, p. 9, nota 50.

conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal *in totum*.³⁰

Podríamos, por tanto, afirmar que se trata de un principio multidireccional, de respeto mutuo entre el Estado federal y las entidades subnacionales, y de estas entre sí.

5. Federalismo y reforma constitucional de 1994

5.1. El proclamado “fortalecimiento del federalismo”

Precisamente una de las cuestiones centrales que aparecían en los discursos oficiales previos a la reforma constitucional de 1994, insistiendo en que se trataba de una de las ideas-fuerza de ésta, giraba en torno a la necesidad de *fortalecer el sistema federal*, lo que quedó plasmado —al menos desde el plano normativo— por vía de tal innovación.

Entre ellas, las que enumeraremos a continuación.

A) Vigorización del Senado nacional

Secularmente, este ha sido considerado como la cámara que representa los intereses provinciales, aunque la redacción actual del precepto trasunte una presencia institucional importante de los partidos políticos.

Se ha llevado el número de senadores a tres (3) por cada una de ellas y la CABA (art. 54),³¹ cualquiera sea el tenor cuantitativo poblacional de aquellas, siendo ellos elegidos de manera directa por el cuerpo electoral.³²

Asimismo, se asignó al Senado la calidad de *Cámara de origen* en proyectos de ley que contienen cuestiones importantes para las provincias: la ley convenio en materia de coparticipación federal (art. 75, inc. 2°) y las iniciativas acerca del crecimiento armónico de la Nación y el poblamiento de su territorio

³⁰ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución...*, op. cit., p. 470.

³¹ Dicha norma reza: “El Senado se compondrá de *tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta*, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos. Cada senador tendrá un voto”.

³² Antes de la reforma constitucional eran 2 (dos) por Provincia y su elección era indirecta, a través de las legislaturas provinciales.

y la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (inc. 19 de tal artículo).

En un modelo *bicameral* como el argentino (Cámaras de Diputados y de Senadores), ser Cámara de origen es relevante pues puede terminar imponiendo su voluntad a la Cámara revisora (cfr. art. 81³³ de la C.N.).

Por lo demás, se redujo la duración de los mandatos senatoriales de nueve (9) a seis (6) años.

B) Constitucionalización del sistema de coparticipación federal

Tal régimen, según se postula desde la literalidad constitucional, debe construirse sobre la base de las pautas de solidaridad social entre las provincias, implantándose la obligación de dictar una ley convenio al respecto, que deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias (art. 75, inc. 2°, párr. 4°).

Además, en el inciso 3° de tal disposición la Carta Magna instituye que el Congreso nacional está investido de la atribución de establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara.

Si bien la doctrina en general ha acogido con beneplácito (aunque en distintas gradaciones) la positivación constitucional de la coparticipación federal, no han faltado voces que la consideran un retroceso. En tal sentido, Dalla Via entiende que en la práctica produce un gran debilitamiento, pues aquella inclusión (a la que cataloga como una “actitud de sociologismo

³³ Dicha cláusula prevé lo siguiente: “Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora. Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora”.

constitucional”) equivale a un equívoco “blanqueo” de llevar a la norma una práctica originada en un desvío. Añade que la coparticipación federal es una de las instituciones que más han contribuido a acentuar la dependencia de las provincias del poder central y que nació como una patología ante la insuficiencia de nuestro sistema fiscal de atribución de competencias.³⁴

C) Crecimiento armónico de la Nación

Se ha impuesto (fundamentalmente al Congreso de la Nación) el mandato constitucional consistente en proveer al crecimiento armónico de la Nación por el desarrollo equilibrado de provincias y regiones, dando prioridad a un grado equivalente del mismo, a la calidad de vida y a la igualdad de oportunidades en todo el territorio argentino.

Ello surge de la conjugación del artículo 75, incisos 2°, tercer párrafo,³⁵ y 19, segundo párrafo,³⁶ con el artículo 124, *ibídem*, este último dentro del marco competencial de los gobiernos de provincia.

D) Sobre los establecimientos de “utilidad nacional”

Se ha concretado la delimitación de las competencias federal y provinciales en los lugares y *establecimientos de “utilidad nacional”*, por conducto del artículo 75, inciso 30.

Tal norma dispone que corresponde al Congreso de la Nación

(...) ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y

³⁴ Dalla Via, Alberto R., “Actualidad del ...”, *op. cit.*, pp. 68-69.

³⁵ Tal tramo de la norma dispone: “La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; *será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional*” (Énfasis agregado).

³⁶ Ese segmento del inciso establece que el Congreso debe “[p]roveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover *políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones*. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen” (Énfasis agregado).

municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines (Énfasis agregado).

Entre otros puntos, cabe resaltar la incorporación de la expresión “fines específicos” de los establecimientos de utilidad nacional y la determinación en punto a que “[l]as autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”. Ambas cuestiones, al menos desde la dimensión normativa, apuntan a fortalecer las autonomías provinciales y municipales.

En realidad, la nueva norma constitucional ha receptado el desarrollo jurisprudencial de la CSJN respecto de las facultades provinciales en los establecimientos de utilidad nacional ubicados dentro de su territorio.

Nos referimos a la jurisprudencia superadora del objetable criterio adoptado por el Alto Tribunal en “Hidronor, Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. c/ Provincia del Neuquén”,³⁷ de 4 de diciembre de 1980. En este caso, fallado en ejercicio de su jurisdicción originaria, admitió la demanda planteada y declaró por mayoría (integrada por los ministros Gabrielli y Black, más el voto concurrente del juez Rossi) la inconstitucionalidad de la Ley N° 769 de la Provincia del Neuquén que había creado la municipalidad de tercera categoría en el pueblo Villa El Chocón, departamento de Confluencia, y, consiguientemente, determinó la nulidad del acto de asunción al cargo del comisionado municipal designado.

Se sostuvo que el entonces artículo 67, inciso 27, de la C.N. (hoy —con modificaciones— corresponde al art. 75, inc. 30) atribuía al Congreso la facultad de “ejercer una legislación exclusiva” sobre los lugares adquiridos por compra o cesión, en cualquiera de las provincias, destinados a establecimientos de utilidad nacional, lo que debía entenderse en el sentido de que la facultad del gobierno nacional de legislar —lo que comprende administrar y juzgar— en los lugares que la Constitución ha reservado para su jurisdicción en vista de la utilidad común que ellos revisten para la Nación, es única y no compartida,

³⁷ Fallos, 302:1461

pues resulta inadmisibile que, como está expresada, sea ejercida en forma concurrente por las legislaturas provinciales, toda vez que la exclusividad implica la negación del ejercicio simultáneo de otros poderes en esos lugares.

Por su parte, en sendas disidencias individuales se pronunciaron el ministro Frías y el ministro subrogante López, quienes propiciaban el rechazo de la demanda.

E) Intervención federal

En relación con este instituto, el artículo 6 de la C.N. (que no fue directamente modificado por la innovación constitucional de 1994 aunque sin duda impactado por otras normas que sí lo fueron), dispone: “El *Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias* para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia” (Énfasis agregado).

Ya por medio de la citada reforma se ha pretendido imponer la premisa de que la *intervención federal a las provincias* es una figura *extraordinaria*, esclareciéndose que su declaración es competencia del Congreso de la Nación y que solo excepcionalmente puede ser ejercida por el Poder Ejecutivo, teniendo en este caso el cuerpo legislativo la potestad de aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Ejecutivo (cfr. art. 75, inc. 31).

F) Autonomía municipal

Una importante decisión constitucional ha sido la de literalizar la obligatoriedad de que las provincias aseguren la *autonomía de sus municipios*, y regulen su alcance y contenido en los ámbitos institucional, político, administrativo, económico y financiero (art. 123 de la C.N., que debe leerse en línea con el art. 5, *ibidem.*).

Más adelante retornaremos a esta trascendente problemática, que aquí solo dejamos anunciada.

G) Creación de regiones y celebración de convenios internacionales

Se trata de dos relevantes prerrogativas provinciales contenidas en el artículo 124 de la C.N.

Nos referimos a la posibilidad de crear regiones para el desarrollo económico y social, y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de

sus fines. Sin embargo, ello no convierte a la *región* en una nueva instancia *política* dentro de la estructura de las relaciones federales.

También se ha dispensado a las provincias la prerrogativa de celebrar *convenios internacionales*, con ciertas lógicas limitaciones pues el manejo de la política exterior corresponde al Estado federal. En ese sentido, aquellas pueden celebrar tales instrumentos internacionales (con conocimiento del Congreso nacional) en tanto y en cuanto, precisamente, no resulten incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o el crédito público de la Nación.

Ambas potestades provinciales (creación de regiones y celebración de convenios internacionales) son tan importantes como potencialmente conflictivas, por lo que serán retomadas *infra*.

H) Sobre el dominio originario provincial de los recursos naturales

En un marco general de discusión, se ha explicado que

El principio de integridad territorial de las provincias rescata a favor de éstas el dominio y la jurisdicción de sus *recursos naturales*, su *subsuelo*, su *mar territorial*, su *plataforma submarina*, su *espacio aéreo*, sus *ríos, lagos y aguas*, sus *caminos*, las *islas* (cuando el álveo es provincial), las *playas* marinas y las *riberas* interiores de los ríos, etc. Las leyes del Estado federal opuestas a estos principios deben considerarse inconstitucionales³⁸ (Énfasis del original).

A su turno, el artículo 124, *in fine*, de la C.N. (con la redacción otorgada por la reforma de 1994) se encarga de determinar que “[c]orresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”, aunque nada dice sobre la exploración, la explotación y el aprovechamiento de tales recursos.

Sin duda, el tema ostenta un gran interés público y teje puntos de contacto con otras disposiciones constitucionales, como, por ejemplo:

- El *artículo 41*, referido al derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que

³⁸ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, T. I, cit., p. 450.

las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. Concretamente, la norma dispone que “[l]as autoridades proveerán a la protección de este derecho, *a la utilización racional de los recursos naturales*, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales” (Énfasis agregado), para pasar a señalar que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección,³⁹ y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

- El artículo 75, inciso 17, con relación a los derechos de los pueblos indígenas argentinos, debiendo el Congreso de la Nación (y, añadimos por nuestra parte, todas las autoridades públicas competentes) *asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten*, pudiendo las provincias ejercer concurrentemente esta y las demás atribuciones desplegadas en la norma aludida.
- El artículo 75, inciso. 19, que puede ser considerado como continente de una ambiciosa cláusula de “desarrollo humano” o “nueva cláusula del progreso” que complementa a la no menos generosa “cláusula del progreso” original, cobijada ahora en el inciso 18 de tal norma constitucional. En un marco de gran amplitud, aquel inciso impone al Congreso “[p]roveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional (...)” y “[p]roveer al crecimiento armónico de la Nación (...) [y] promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (...)”.

Con ser importante la incorporación al texto constitucional de la premisa referente a que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio, en modo alguno la cuestión

³⁹ Por medio de la Ley N° 25.675 (publicada el 28 de noviembre de 2002), conocida como Ley General del Ambiente, se han establecido los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

ha quedado zanjada, abriéndose numerosos frentes de discusión respecto de varias aristas directas y colaterales de un problema hartamente complejo, por ejemplo, sobre la relación no siempre lineal entre dominio y jurisdicción respecto de los recursos naturales.

En torno a tal cuestión, Bidart Campos expresa que el

(...) *dominio* de las provincias sobre sus bienes *no coincide con la jurisdicción*; puede haber dominio sin jurisdicción, y así en materia de ríos las provincias tienen el dominio de los que corren por su territorio, sin perjuicio de la jurisdicción federal del Congreso con respecto a la navegación y al comercio interprovincial⁴⁰ (Énfasis del original).

Frías, a su tiempo, ha puntualizado que *el dominio se ejerce sobre las cosas, mientras la jurisdicción, sobre las relaciones*; añadiendo que “[e]l dominio lleva necesariamente a la jurisdicción si nada la limita o la excluye; la jurisdicción no lleva necesariamente al dominio”.⁴¹

Sea como fuera, es lícito concluir que la pauta consagrada en el tramo de cierre del artículo 124 constitucional, como hipótesis de mínima prefigura la obligación del gobierno federal de requerir el consentimiento de las provincias para disponer de los recursos naturales existentes en su territorio.

I) La CABA

Resulta también significativo que la reforma constitucional haya dispensado en el artículo 129 un tratamiento explícito a la CABA, dotándola de un estatus jurídico *sui generis* ya que —en una simplificación máxima del tema— podría decirse que, al parecer, *es más que un municipio pero menos que una provincia*.⁴²

La CABA es la sede de la Capital federal, y en definitiva es *un nuevo sujeto de la relación federal* que viene a sumarse a las restantes: el *Estado federal*, las *provincias* y, dentro de éstas, los *municipios*.

⁴⁰ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución ...*, op. cit., p. 450.

⁴¹ Frías, Pedro J., *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 172.

⁴² La discusión doctrinaria para encuadrar la naturaleza jurídica de la CABA ha sido intensa y se han imaginado numerosas modalidades. Por ejemplo, “ciudad autónoma”, “ciudad-Estado”, “municipio federado”, “distrito autónomo” han sido solo algunas de las etiquetas utilizadas al efecto.

Como anticipábamos, la CABA ostenta un régimen de gobierno autónomo (acumulándose tal carácter autonómico a su condición de actual capital del país), con facultades propias de legislación y jurisdicción. Su jefe de gobierno es elegido directamente por el pueblo de la Ciudad, además de haber sancionado el 1 de octubre de 1996 su propia *Constitución*, pese a que el artículo 129 de la C.N. se refiere a la potestad de sancionar un *Estatuto Organizativo de sus instituciones*.

Es interesante la visión de Bidart Campos en cuanto a que el territorio de la ciudad *no está ya federalizado totalmente*, sino sujeto a *jurisdicción federal únicamente en lo que se refiere y vincula a los intereses que en ese territorio inviste el Estado federal*, en razón de residir allí el gobierno federal y de estar situada la capital federal; de lo que extrae que la jurisdicción federal es *parcial* y de naturaleza o sentido *institucional y competencial*, pero no territorial o geográfico, porque el territorio no es federal ni se federaliza.⁴³

El citado autor porta una percepción interesante en lo tocante a la posibilidad de *intervención federal* a la CABA, pero como Ciudad de Buenos Aires y no como capital federal mientras lo siga siendo (arts. 75, inc. 31, y 99, inc. 20). En otras palabras, entiende que “individualizar a la ciudad —que por el art. 129 debe ser autónoma— ayuda a argumentar que si puede ser intervenida es porque su territorio no está federalizado y porque, a los fines de la intervención federal, se la ha equiparado a una provincia. Si la ciudad mantuviera su federalización mientras fuera capital, tal vez pudiera pensarse que, aun con autonomía”, no sería susceptible de intervención en virtud de esa misma federalización territorial.⁴⁴

En esa línea considera que cuenta con mayor asidero

(...) imaginar que el gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires en un territorio que, aun siendo sede del gobierno federal y capital de la república, ya no está federalizado, es susceptible de ser intervenido porque, en virtud de este status, puede incurrir —al igual que las provincias— en las causales previstas en el art. 6° de la Constitución.⁴⁵

⁴³ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución...*, op. cit., p. 456.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

5.2. El discurso y la realidad

En general, desde el plano *normológico* la reforma constitucional ha intentado producir un avance para el federalismo. El obstáculo enraíza en la *falta de correspondencia entre los postulados normativos y las concreciones fácticas*.

Dicho de otra manera, aquel fortalecimiento del federalismo que se postulaba como uno de los puntos axiales de la reforma constitucional de 1994, no ha tenido encarnadura en el ámbito de la realidad.

Solo por citar un ejemplo sintomático, según la Disposición Transitoria Sexta de la Constitución, la ley convenio a la que hace referencia el artículo 75, inciso 2°, de la C.N. en materia de coparticipación federal y la reglamentación del organismo fiscal federal, deberían haber sido establecidos *antes de la finalización del año 1996*. Tal mandato constitucional no se ha cumplido, e incluso al presente (fines de 2012) semejante ley convenio no ha sido aún sancionada y nada hace presagiar que pudiera serlo en un futuro próximo.⁴⁶

En consecuencia, más allá de la impronta *aspiracional* del constituyente en pro de robustecer las estructuras provinciales, empíricamente ello no ha acaecido. Antes bien, ha aumentado el centralismo (algún autor habla de la macrocefalia del “puerto”, o sea, de Buenos Aires)⁴⁷ y, sobre

⁴⁶ Continúa rigiendo en la materia la Ley N° 23.548, publicada el 26 de enero de 1988, que establecía a partir del 1 de enero de 1988 el “Régimen *Transitorio* de Distribución de Recursos Fiscales entre la nación y las provincias” (Énfasis agregado).

Por la fecha de su sanción no incluyó en su texto primigenio a la CABA ni a la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (como vimos, último Territorio nacional en ser provincializado). De hecho, el art. 8 de la ley se refiere a “la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y al Territorio nacional de Tierra del Fuego”. Ya por medio del art. 1 del Decreto N° 705/2003 (publicado el 27 de marzo de 2003), se establece desde el 1 de enero de 2003 la participación correspondiente a la CABA en el monto total recaudado.

Por su parte, el art. 1 del Decreto N° 2.456/90 (publicado el 29 de noviembre de 1990), texto según el art. 2 del Decreto N° 702/99 (publicado el 7 de julio de 1999), fija la participación que le corresponde a la *Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur* en el monto total de la masa de fondos por distribuir.

⁴⁷ Al respecto se ha dicho: “El federalismo argentino es el resultado de un proceso histórico particular de formación de una alianza entre la *macrocefálica Buenos Aires* y un cuerpo que no ha guardado proporción. Desde la constitución del Virreinato del Río de la Plata, en 1778, el puerto y su ciudad se tomaron revancha de Lima y del privilegio que el interior mantuvo durante casi todo el siglo XVIII, con el comercio de la plata. A partir de entonces, Buenos Aires ha sido el centro neurálgico del país, (...)” (Énfasis agregado). (Muchnik, Daniel, “El ilusorio federalismo argentino”, en *Le Monde Diplomatique*; en: <http://www.insumisos.com/diplo/NODE/3413.HTM>).

todo, se ha incrementado la subordinación financiera y económica de la mayoría de las provincias a la Nación.

Conectado con ello, tampoco se ha atenuado el poder presidencial como se pregonaba en su momento. Todo lo contrario, el Ejecutivo concentra más poderes y facultades, avanza sobre el Legislativo dictando decretos de necesidad y urgencia y, en no pocas ocasiones, presiona al Poder Judicial en temas de trascendencia institucional.

En suma, al desfigurarse fácticamente el propósito perseguido por el constituyente en orden a reforzar la solidez de la estructura federal, paralelamente crece el déficit democrático. Es que, como advierte Fernández Segado,⁴⁸ si la estructura federal se encuentra en íntima conexión con la democracia, “que en el Estado federal no se proyecta sobre una única organización, sino sobre una pluralidad de centros de decisión”, se comprende que el déficit democrático esté “estrechamente unido a la desnaturalización del sistema federal, no pudiendo, a la inversa, operar el sistema federal como instrumento democratizador del poder, contribuyendo de este modo a la vivificación de la democracia, una de las más caracterizadas funciones del federalismo, como bien advierte Schambeck”.⁴⁹

5.3. Lo deseable en materia de coparticipación federal

Naturalmente, lo anhelable es que —*voluntad política* mediante— se logren consensos básicos para formular criterios objetivos de reparto sobre una plataforma de solidaridad y proporcionalidad. Ello, para abastecer las exigencias de la seguridad jurídica, morigerar las desigualdades y asimetrías y resguardar debidamente los postulados de un *federalismo de concertación (o convergencia) y participativo*.

Como es de suponer, lo anterior no implica obviar la posibilidad de que se contemple en aquel instrumento un razonable margen de flexibilidad en función de la dinámica política y las adaptaciones que —*inter alia*— impongan

⁴⁸ Fernández Segado, Francisco, “Reflexiones críticas...”, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁹ Schambeck, Herbert, “Posibilidades y límites del federalismo”, en *Revista de Documentación Administrativa*, N° 193, enero-marzo de 1982, trad. de Joaquín Abellán, p. 87. Hemos consultado la fuente original y en el párrafo al que alude la referencia de Fernández Segado (*vid.* nota anterior), Schambeck afirma: “El federalismo puede contribuir a la *vivificación de la democracia*, puesto que con la construcción federal del Estado se problematizan los sectores más cercanos de la vida pública, con lo que la formación de la opinión y de la voluntad políticas se sitúa sobre una base más amplia” (Énfasis del original).

los cambios y nuevos requerimientos sociales, económicos, territoriales que germinen.

Tal vez lo precedentemente expuesto pueda aportar en favor de que se atenúe la tentación de los gobiernos centrales de utilizar de manera arbitraria la asignación de recursos como premios o castigos, de acuerdo con la textura político-partidaria de las ocasionales autoridades provinciales, supeditándolos respectivamente a la alineación o al enfrentamiento de estas con el partido, alianza o frente políticos que en lo circunstancial guíe el timón gubernativo nacional.

Por cierto, no ignoramos las dificultades que se corporizan a la hora de intentar compatibilizar los intereses de los actores para lograr la aplicación de criterios racionales y ecuanímes de distribución de la masa coparticipable. Basta repasar lo que narrábamos *supra* con la *ausente* ley convenio en materia de coparticipación federal que debió haber sido dictada hacia finales de 1996, sin que hasta el momento haya visto la luz.

6. De ciertas cuestiones de interés (en ocasiones, conflictivas) en el ámbito de la estructura federal

6.1. Introito

Brindado un panorama general de la modificación constitucional respecto de diversos aspectos del federalismo, nos detendremos aquí en un conjunto de temas que ofrecen perfiles dignos de ser abordados con alguna profundidad, lo que intentaremos concretar siempre dentro de las lógicas limitaciones de espacio de este ensayo.

Nos referimos a: *i)* el mandato constitucional dirigido a las provincias en punto a asegurar y plasmar la autonomía de sus municipios, *ii)* la regionalización *ad intra*, *iii)* la actividad internacional de las provincias y *iv)* el impacto que una intensificación de los ligámenes integracionales que el Estado nacional decidiera llevar adelante (por ejemplo, en el contexto del Mercosur) podrían eventualmente ocasionar en los escenarios provinciales.

Pasamos a desarrollar los citados problemas.

6.2. Reforma constitucional y autonomía municipal

A) Como señalábamos, la reforma de 1994 plasmó en el artículo 123 de la C.N. un encargo mandatorio a las provincias en punto a garantizar la *autonomía de sus municipios*, regulando el alcance de esta en los planos institucional,

político, administrativo, económico y financiero. En puridad, se ha constitucionalizado el criterio jurisprudencial forjado por la CSJN a partir del caso “Rivademar, Ángela D. B. Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario”,⁵⁰ de 21 de marzo de 1989, que zanjó la discusión sobre la naturaleza jurídica de los municipios, concluyendo que éstos *no son entes autárquicos*.

De hecho, en el considerando 8° de tal pronunciamiento, la Corte expresó que

Mal se avienen con el concepto de autarquía diversos caracteres de los municipios, tales como su origen constitucional frente al meramente legal de las entidades autárquicas; la existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, ausente en tales entidades; la imposibilidad de su supresión o desaparición, dado que la Constitución asegura su existencia, lo que tampoco ocurre con los entes autárquicos; el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales frente al de resoluciones administrativas de las emanadas de las autoridades de las entidades autárquicas; el carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios (art. 33, Cód. Civil, y especialmente la distinción hecha en el texto originario de Vélez Sársfield), frente al carácter posible o contingente de los entes autárquicos; el alcance de sus resoluciones, que comprende a todos los habitantes de su circunscripción territorial, y no solo a las personas vinculadas, como en las entidades autárquicas; la posibilidad de creación de entidades autárquicas en los municipios, ya que no parece posible que una entidad autárquica cree a otra entidad autárquica dependiente de ella; y la elección popular de sus autoridades, inconcebible en las entidades autárquicas (Énfasis agregado).

B) Al comentar el artículo 123 de la C.N., Quiroga Lavié destaca que la Constitución no ha consagrado la autonomía absoluta del régimen municipal, sino solamente su principio. Además, lo ha condicionado, en su alcance y contenido, a las reglas que el orden institucional, político, administrativo,

⁵⁰ *Fallos*, 312:326. El fallo fue suscripto de modo unánime por los ministros Caballero, Belluscio, Fayt, Petracchi y Bacqué.

económico y financiero establezca cada provincia. No podía ser de otra forma porque de lo contrario, en aras de la autonomía municipal, se podría haber restringido la autonomía institucional de las provincias, que tiene rango superior, no cabe duda.⁵¹

En sentido afín, Natale revela que el alcance y contenido de la autonomía será definido por cada provincia. Ellas no podrán ignorar el mandato constitucional ni limitarlo al extremo de desnaturalizarlo (...) [ya que] ese concepto está definido por la doctrina y las provincias deberán admitirlo para que la Nación les asegure su propio gobierno.⁵²

Frías, a su tiempo, sostiene que la municipalización de la vida pública argentina es una de las consecuencias notables de la descentralización, añadiendo que el proceso concierne a lo institucional pero también a la cultura política, para luego advertir que la autonomía municipal se afianzó primero en la doctrina, tardíamente en la jurisprudencia de la CSJN, antes en el ciclo constituyente provincial y luego ha sido coronada por la reforma nacional de 1994.⁵³

Rosatti señala que el municipio es un ente que “tiene” a la autonomía, entendiéndose por autonomía (en su acepción “plena”) el reconocimiento de las siguientes atribuciones:⁵⁴

- *Autonormatividad constituyente*, o sea, capacidad para darse u otorgarse la propia norma fundamental.
- *Autocefalia*, es decir, capacidad para elegir sus propias autoridades.
- *Autarcia o autarquía*, esto es, autosatisfacción económica y financiera derivada de la posesión de recursos propios y complementada con la posibilidad de disponer de ellos.
- *Materia propia*, o sea, el reconocimiento de un contenido específico con facultades de legislación, ejecución y jurisdicción y

⁵¹ Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución Argentina comentada*, Zavalia, Buenos Aires, pp. 719-720.

⁵² Natale, Alberto L., *Comentarios sobre la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 173.

⁵³ Frías, Pedro J., *El proceso federal argentino II*, Ediciones del Copista, Córdoba (Argentina), 1998, p. 84.

⁵⁴ Rosatti, Horacio D., “El federalismo en la reforma”, en AA.VV., *La reforma de la Constitución, explicada por miembros de la Comisión Redactora*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (Argentina), 1994, p. 223.

- *Autodeterminación política*, o sea, el reconocimiento de garantías frente a las presiones políticas o económicas que, realizadas desde una instancia de decisión más abarcativa, puedan condicionar el ejercicio de las atribuciones descriptas precedentemente.

Ello lleva al autor citado en último término a concluir que no todos los municipios deben gozar del mismo *status* jurídico pues habrá algunos con autonomía *plena* (con las cinco atribuciones señaladas) y otros, con una *semiplena o relativa* (pudiendo, por ejemplo, carecer de autonormatividad constituyente).⁵⁵

Bidart Campos proclama también la importancia de la autonomía económico-financiera de los municipios, al evocar que, si bien durante un tiempo había interpretado como admisible que los municipios de provincia ejercieran por ‘delegación’ de la provincia determinadas competencias tributarias, posteriormente evolucionó hasta reconocer —incluso antes de la reforma constitucional de 1994— que los municipios investían poder tributario originario o propio. El citado autor destaca que hoy el artículo 123 disipa las dudas, porque obliga a las provincias a reglar el alcance y el contenido de la *autonomía municipal* en el orden *económico y financiero*, base constitucional federal que lo lleva a sostener que cada constitución provincial ha de reconocer a cada municipio de su jurisdicción —según sea la categoría de este municipio— un espacio variable para crear tributos, lo que implica que desde la Constitución federal se da sustento al poder impositivo originario de los municipios. A su tiempo, aclara que son las constituciones provinciales las que deben deslindar el poder impositivo local entre la propia provincia y los municipios, utilizando permisiones y prohibiciones respecto de los últimos, pero sin que puedan inhibir o cancelar totalmente el poder tributario municipal.⁵⁶

Para concluir la recorrida doctrinaria sobre el tema que tratamos, Sánchez Morón considera —*mutatis mutandi*— que,

Cuando se asevera que la autonomía de los municipios es meramente administrativa, se está confundiendo la significación teleológica y el fundamento organizativo de la autonomía municipal con la

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, T II, Buenos Aires, 1997, p. 181.

naturaleza de las funciones que los municipios han de desempeñar, a lo que añade que lo esencial de la autonomía política de un ente es la correspondencia entre la voluntad colectiva de la comunidad y la acción pública de las organizaciones representativas de éstas que tienen encomendada la gestión de una parte de sus intereses (...) señalando que la representatividad de los entes municipales es representatividad política.⁵⁷

C) En la senda argumental que transitamos, podemos concluir que la autonomía municipal no puede entenderse en términos absolutos, ya que para respetar el mandato de la C.N. el sistema municipal instaurado (o por instaurar) en cada provincia deberá adaptarse a lo que preceptúen sus respectivas constituciones y, en su caso, las normativas que pudieren emanar los propios poderes legislativos provinciales.

Por citar a modo de ejemplo otro fallo de la CSJN en la materia, se observa que *in re* “Telefónica de Argentina c/ Municipalidad de Chascomús s/ Acción declarativa”, de 18 de abril de 1997, ha señalado que *las prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen* (consid. 7°, párr. 2°), pasando a agregar que:

El régimen municipal que los Constituyentes reconocieron como esencial base de la organización política argentina al consagrarlo como requisito de la autonomía provincial (art. 5°), consiste en la Administración de aquellas materias que conciernen únicamente a los habitantes de un distrito o lugar particular sin que afecte directamente a la Nación en su conjunto y, por lo tanto, debe estar investido de la capacidad necesaria para fijar las normas de buena vecindad, ornato, higiene, vialidad, moralidad, etc. de la Comuna y del poder de preceptuar

⁵⁷ Sánchez Morón, M., *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, 1ª ed., Monografías, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Civitas, Madrid, 1990, p. 175. Al respecto, es dable señalar que en la Constitución Española de 1978, el art. 137 prescribe: “El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus propios intereses”. A su turno, el art. 140, *ibidem.*, dispone: “La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Éstos gozan de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales (...)”.

sanciones correccionales para las infracciones de las mismas (...)⁵⁸
(consid. 10, *in fine*) (Énfasis agregado).

En definitiva, lo cierto es que en nuestro país, luego de la reforma constitucional de 1994 y conforme al artículo 123, los municipios deben tener un régimen mínimo de organización y administración propias y de autonomía económica y financiera. Los órdenes de autonomía previstos en la mencionada norma constitucional suponen: *i*) el *institucional*, la potestad de los municipios de dictarse su propia carta fundamental por medio de una convención convocada al efecto, *ii*) el *político*, la capacidad de nominar a sus autoridades y regirse por ellas, *iii*) el *administrativo*, la autorización para gestionar y organizar, *inter alia*, los intereses, servicios y obras locales y *iv*) el *económico-financiero*, la habilitación para diseñar su modelo rentístico, administrar su presupuesto, recursos propios y la inversión de ellos.

6.3. La regionalización

A) El aludido artículo 124 constitucional acuerda a las provincias la facultad de *crear regiones* para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines.

Tal premisa debe leerse en línea con el artículo 125, parte inicial, *ibídem.*, que permite a las provincias la celebración de tratados parciales para fines de administración de justicia, intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso; y con el artículo 126, *ibídem.*, que paralelamente les proscribe ejercer el poder delegado a la Nación y la celebración de tratados parciales de carácter político.

De tal trama normativa surge que la región no es una nueva instancia política en el sistema institucional argentino. Pero sin duda, es una importante herramienta de oxigenación federal, mas siempre como vehículo descentralizador, es decir, como advierte Hernández, no destinada a centralizar el país o violar las autonomías provinciales y municipales.⁵⁹

⁵⁸ *Fallos*, 320:619. Votaron coincidentemente los jueces Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Boggiano, López, Bossert y Vázquez.

⁵⁹ Hernández, Antonio M., *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 41.

B) Aprovechamos este segmento del trabajo para reiterar nuestra posición en punto a que la *creación de regiones* en los términos del artículo 124 de la Constitución federal es *una facultad provincial* y no del gobierno nacional, lo que obviamente no significa que éste deba desentenderse del proceso de regionalización, pues otra de las innovaciones vehiculadas por la reforma de 1994 y, en este caso, trasvasada al artículo 75, inciso 19, párrafo 2°, es —como vimos— la atribución conferida al Congreso en cuanto a proveer al crecimiento armónico de la Nación y promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, iniciativas para las cuales el Senado será Cámara de origen.

En otras palabras, las regiones no pueden ser pergeñadas por ley del Congreso y de espaldas a las provincias o en contra de la voluntad de éstas, pues como ha advertido Gelli,

No se trata de que el Estado federal planifique una superestructura compuesta por regiones por sobre las provincias que implique, en los hechos, un corrimiento de los límites de éstas. Por el contrario, la regionalización se constituye en un instrumento de los entes locales para solucionar problemas comunes, maximizando las ventajas comparativas de cada una de las provincias que acuerdan crear una región, aunque solo pueden hacerlo en materia económica y social (...).⁶⁰

Por lo demás, la política de regionalización *ad intra* y *ad extra* podría coadyuvar, como ha sucedido en Europa y naturalmente teniendo en cuenta las significativas diferencias y evitando mimetismos jurídicos artificiales, a la búsqueda de grados más avanzados de cohesión social y territorial y de desarrollo económico equilibrado.

En línea con ello, y para cerrar este punto, coincidimos con Stähli respecto de las tres cuestiones centrales que plantea acerca de la existencia de una política regional en el marco de un esquema de integración, las que tienen que ver con los objetivos generales perseguidos: la democratización del proceso

⁶⁰ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, 2ª ed. ampl. y actualiz., Buenos Aires, 2003, p. 861.

integrador, la incorporación a éste de una nueva dinámica y la corrección de los desequilibrios.⁶¹

6.4. La actividad internacional de las provincias

A) Nótese que el multicitado artículo 124 de la Carta fundamental prevé que las provincias “podrán también *celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o al crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso nacional*” (Énfasis agregado).

La cuestión ha suscitado numerosas dudas en la doctrina, tanto en torno al grado de legitimación de las provincias para actuar internacionalmente y al alcance de tal eventual actividad, como al calibre semántico de la expresión “con conocimiento del Congreso nacional”.

La problemática recepta importancia no solo desde el plano especulativo o académico, sino de modo primordial desde la óptica del refuerzo del federalismo, la revalorización de las gestiones que en el ámbito internacional les es lícito desplegar a las unidades provinciales y el rol que pueden jugar en el terreno de la integración supranacional, naturalmente dentro de los límites establecidos por la Ley fundamental, lo que supone dejar a buen resguardo el principio jurídico-axiológico de *lealtad constitucional* que, justo es decirlo, no solo vincula a las entidades infraestatales respecto del gobierno central, sino que, en retroalimentación, también compromete a éste con relación a aquellas.

B) Un enfoque exegetico del segmento del precepto constitucional citado lleva en primer término a puntualizar desde una dimensión genérica que tales *actividades de alcance internacional* o *gestiones internacionales* de las provincias, resultan legitimadas a partir de una percepción *flexible* de las “relaciones internacionales”, cuya conducción y responsabilidad —como es de sobra conocido— recaen exclusivamente en el Estado federal en cuanto a lo que corporizaría el “núcleo duro” de aquellas relaciones.

Correlativamente, la mencionada laxitud interpretativa de dicha expresión permitiría pensar en un “núcleo blando” que habilita la realización de

⁶¹ Stähli, Jorge, “Participación de las regiones internas de los Estados en los procesos de integración”, en un texto inédito que el autor tuviera la gentileza de enviarnos.

actividades de tenor internacional por parte de los entes subestatales, o lo que por ejemplo y *mutatis mutandi*, la doctrina italiana denomina “*attività promozionali*” (“actividades de promoción exterior”), encaminadas justo al fomento del desarrollo económico, social y cultural que las regiones pueden desempeñar con acuerdo del Gobierno⁶² (en el caso argentino, las provincias lo deben hacer “con conocimiento del Congreso nacional”).

Dicho en palabras de Casanovas La Rosa, al margen de las “relaciones internacionales” en sentido estricto y de la celebración de tratados internacionales, cabe “articular un ámbito de acción exterior que se fundamente en los poderes e intereses propios de las entidades infraestatales y se ajuste a lo que es la práctica constitucional e internacional actual en los Estados de estructura compleja”.⁶³

Aclarado lo anterior, y retomando en particular el tramo del art. 124 referido a las actividades que *ad extra* están facultadas a llevar adelante las provincias, la terminología “convenios internacionales” que pueden celebrar, suponemos ha sido pensada para transmitir un mensaje que exteriorice una distinción categorial enraizada en una valencia jurídica más tenue y menos formal que la de “tratados internacionales”, que quedan inmersos —estos últimos— en la órbita competencial exclusiva del Estado nacional en el manejo de las relaciones internacionales⁶⁴ (“núcleo duro”).

⁶² Agostini, María Valeria, “Líneas de evolución de la acción de las regiones italianas en el exterior y de su participación en el proceso de adopción de decisiones comunitarias”, en AA.VV., *La acción exterior y comunitaria de los Länder, regiones, cantones y comunidades autónomas*, Vol. I, Universidad Carlos III de Madrid y Universidad del País Vasco, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1994, p. 24.

⁶³ Casanovas La Rosa, Oriol, “La acción exterior de las Comunidades Autónomas y su participación en la celebración de tratados internacionales”, *loc. cit.* en nota anterior, pp. 57-58.

⁶⁴ En general hay consenso doctrinario acerca de que, en el contexto de nuestra Ley fundamental e interpretando la voluntad del constituyente reformador, la expresión “convenios internacionales” representa un escalón jerárquico inferior a la de “tratados internacionales”, reservados al Estado nacional (Poderes Ejecutivo y Legislativo) en el marco de una fórmula léxica empleada, por ejemplo, en los arts. 27, 31 y 75, incs. 22, 23 y 24.

Sin embargo, es preciso recordar que desde un plano genérico y en el ámbito del derecho internacional, entre ambas denominaciones existen lazos de afinidad semántica. Es que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), de 23 de mayo de 1969, que entrara en vigor el 27 de enero de 1980, ha determinado que a los efectos de tal Convención, “se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (cfr. art. 2.1.º). Al explicar la citada definición, De la Guardia puntualiza que según tal Convención y a los efectos de su texto, “todo convenio será un ‘tratado’ siempre que: a) sea un acuerdo internacional; b) haya sido

Justamente, la celebración de “convenios internacionales” por las unidades provinciales queda supeditada a la compatibilidad “con la política exterior de la Nación” y la no afectación de “las facultades delegadas al Gobierno federal o al crédito público de la Nación”. Puede acordarse o no con los lineamientos léxicos adoptados por el constituyente reformador de 1994 para trazar los límites a las actividades provinciales de alcance internacional, mas lo que sí queda claro es que en tal diseño lingüístico se inserta la matriz del citado principio de “lealtad constitucional”, que en el particular las provincias deben acatar para preservar la intangibilidad del reparto de competencias acordado con el Estado nacional.

En definitiva, y en lo que hace al objeto de tales “convenios internacionales”, parece claro que el mismo debe girar en torno a competencias exclusivas de las provincias o concurrentes con la Nación.

C) Por su parte, no menor polémica trae consigo la fórmula escogida en punto a que tanto la creación de regiones como la celebración de convenios internacionales deben realizarse “con *conocimiento* del Congreso nacional” (Énfasis agregado).

Liminarmente, nos apresuramos a aclarar que, desde nuestra óptica, “conocimiento” no origina la exigencia de consentimiento, aprobación ni autorización, sino de comunicación al Poder Legislativo.

Tal posición reconoce varios puntos de sustentación: en primer lugar, por cuanto desde el ángulo semántico “con conocimiento” solo supone el resultado de “hacer saber” o “informar”, lo que dista conceptualmente de “consentimiento”, “aprobación” u otros términos equivalentes; en segundo

celebrado por escrito; c) se haya concluido entre Estados; d) esté regido por el derecho internacional, y e) cualquiera sea su denominación particular y aunque conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos” (De la Guardia, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1997, p. 107). Justamente al desarrollar este último elemento de la definición, es decir, “cualquiera sea su denominación particular y aunque conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos”, el citado autor recuerda que la Convención adhiere al criterio contemporáneo y generalizado en cuanto a la utilización del término “tratado”, que abarca a “todos los acuerdos internacionales, sobre los que existe una gran variedad de denominaciones, como convención, protocolo, arreglo, declaración, carta, pacto, convenio, acta, acuerdo, estatuto, concordato, canje de notas, notas reversales, minutas aprobadas, memorándum de acuerdo, *modus vivendi*, etcétera” (*ibidem.*, pp. 114-115).

Por su parte, en el ámbito del derecho comparado latinoamericano existen constituciones que plasman en sus textos las nomenclaturas “tratados o convenios internacionales”, por ejemplo, las de Bolivia y Ecuador.

lugar, porque durante los trabajos y debates de la Convención Constituyente se manejaron varias opciones terminológicas para la redacción de este tramo de la norma en cuestión, entre los que se cuentan los mencionados en último término, decantándose finalmente por la expresión “con conocimiento”, que —reiteramos— exhibe una carga de significado distinta de las enunciadas, además de que no cabe predicar de los constituyentes una actuación desprevenida o inopinada en la selección del texto particular; y, por último, refuerza nuestra percepción el distanciamiento que en el punto se da en relación con la Constitución de EE.UU., una de las fuentes de la Ley fundamental argentina, que exige el “consentimiento” del Congreso para que el Estado celebre convenio o pacto alguno con otro Estado o con una potencia extranjera⁶⁵ (art. I, Sección X, ap. 3).

Cuestión delicada es prefigurar qué sucedería en caso de que el Congreso estuviera en disconformidad con el acuerdo regional o que el convenio internacional violara los límites impuestos por la Constitución. En tales hipótesis, y siempre que las vías previas del diálogo democrático fracasaren, cabría al Estado nacional la articulación de una acción judicial ante la CSJN en contra de las provincias (o la CABA) actuantes o, en un supuesto extremo y si eventualmente quedaran reunidas las pautas diseñadas por el artículo 6 de la C.N., disponer la intervención federal (arts. 75, inc. 31, ó 99, inc. 20, *ibidem*), en cuyo caso, Gelli sugiere que los senadores representantes de las provincias en cuestión o de la CABA deberían defender “las razones y justificación de los Estados locales” (Énfasis del original).⁶⁶

Advierte Hernández⁶⁷ que un pronunciamiento negativo del Congreso no dejaría sin efecto el acuerdo, como sería el caso de la desaprobación.

Finalmente, y para aventar posibles cuestionamientos en el despliegue de la acción exterior de las provincias, Zarza Mensaque ofrece como alternativa que por medio de un acuerdo previo entre el Estado federal y aquellas, “el Congreso dicte una ley convenio que establezca los aspectos sustanciales y

⁶⁵ La norma en cuestión, refiriéndose al ap. 2 del mismo artículo, expresa que sin el “consentimiento” del Congreso “ningún Estado podrá (...) celebrar convenio o pacto alguno con otro Estado o con una potencia extranjera...” [el texto en español ha sido tomado de Cascajo Castro, José Luis y García Álvarez, Manuel (eds.), *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 68].

⁶⁶ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina...*, *op. cit.*, p. 863.

⁶⁷ Hernández, Antonio M., *Integración y globalización: ...*, *op. cit.*, p. 44.

procedimentales que deben respetar los Estados locales para que los convenios que suscriban sean válidos”.⁶⁸

6.5. ¿Son incompatibles los procesos de integración regional con el federalismo u otra forma de estructura estadual compleja?⁶⁹

A) Nada se descubre al recordar que la irrupción de nuevos espacios integrados plantea, de modo correlativo, renovados desafíos, fundamentalmente en los esquemas estaduais de estructura territorial compleja, como es el caso de la Argentina.

De su lado, cabe reiterar que el federalismo es un proceso *dinámico* y con numerosas fórmulas posibles de configuración.

Reproducimos el núcleo del interrogante que se dispara desde el epígrafe: ¿Existe incompatibilidad entre el establecimiento de bloques supranacionales (por ejemplo, ante una futura intensificación del ligamen subyacente en el Mercosur—instituido por el Tratado de Asunción—),⁷⁰ que supone un movimiento de *centralización*, y el federalismo intraestatal, que por vía de principio (y no sin ciertas matizaciones) contiene una nota de *descentralización política*?

La respuesta es, a nuestro criterio, negativa. No cabría predicar *a priori* semejante contradicción.

⁶⁸ Zarza Mensaque, Alberto, “Las provincias en las relaciones interjurisdiccionales”, en Drnas de Clément, Zlata y Rey Caro, Ernesto J. (dirs.), *Jornadas de reflexión sobre regionalización y Mercosur*, Marcos Lerner Editora, Córdoba (Argentina), 2000, p. 59.

⁶⁹ Ver para ampliar, Bazán, Víctor, “La integración supranacional y el federalismo en interacción: perspectivas y desafíos”, en *Boletín Mexicano Derecho Comparado*, N° 124, Nueva Serie, Año XLII, enero-abril 2009, IIJ, UNAM, México D.F., pp. 59-124.

⁷⁰ El Tratado de Asunción fue suscripto el 26 de marzo de 1991 por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. En 2004 Venezuela comenzó a transitar su camino en el Mercosur por medio del Acuerdo de Complementación Económica Mercosur - Colombia, Ecuador y Venezuela.

Por su parte, el 4 de julio de 2006 se suscribió en Caracas el Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, y más recientemente, el 31 de julio de 2012 —en el marco de una cumbre extraordinaria celebrada en Brasilia por los presidentes de la Argentina, Brasil y Uruguay, y sin la presencia de Paraguay, por estar suspendido— Venezuela ha pasado a conformar el Mercosur como miembro pleno.

En torno a esta y otras cuestiones sobre el Mercosur, ver Bazán, Víctor, “Mercosur y derechos humanos: panorama, problemas y desafíos”, en von Bogdandy, Armin, Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Direitos humanos, Democracia e Integração Jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, pp. 473-529.

Antes bien, lo deseable sería generar una saludable relación de complementación entre integración (estructura comunitaria) y autonomía (federalismo u otros procesos de desconcentración política), a partir de claras normas contenidas en la Ley fundamental de que se trate, que permitan al Estado nacional involucrarse en procesos integrativos preservando la pluralidad y las pautas de descentralización *ad intra*.⁷¹

B) *Mutatis mutandi*, Rolla puntualiza que “el derecho comparado muestra cómo el empuje de la descentralización no alimenta las tendencias centrífugas o particularistas en las experiencias donde el sistema constitucional es capaz de identificar y codificar los valores en torno a los cuales todos los sujetos del pluralismo se reconocen”⁷².

El problema no es precisamente reciente. Por el contrario, con frecuencia cobra renovado impulso ya que aparecen cuestiones conflictivas nuevas o se reinventan aristas de otras que parecían ya solventadas y superadas.

Entre un cúmulo de aspectos relevantes de la cuestión y, por cierto, controversiales, pueden destacarse ejemplificativamente dos: por una parte, el impacto que la integración puede provocar en las regiones, provincias, comunidades autónomas, etc., y, por otra, el modo en que estos entes podrían participar en los procesos de decisión de la estructura comunitaria, tema catalogado como “ineludible” por el autor citado en último término, quien añade que tal problemática necesita de procedimientos adecuados de *colaboración* entre los diversos niveles institucionales que componen el ordenamiento nacional.⁷³

En el ámbito interno argentino, la plataforma legitimante de tal relación de colaboración es un esquema de *federalismo de concertación*, que permita una vinculación equilibrada entre las instancias que forman la estructura federal y viabilice una alternativa de desarrollo y crecimiento integrado *ad intra* y *ad extra*.

⁷¹ La cuestión nos interesa y preocupa desde hace bastante tiempo, incluso antes de la reforma constitucional de 1994. Al respecto, ver Bazán, Víctor, “Las provincias desde la perspectiva de la integración regional”, en Bazán, Víctor *et al.* (comps.), *Integración regional: Perspectivas para Latinoamérica*, Fundación Universitaria, San Juan (Argentina), 1994, pp. 205-218.

⁷² Rolla, Giancarlo, “La descentralización en Italia. Un difícil equilibrio entre autonomía y unidad”, en Hernández, Antonio M. (dir.), *La descentralización del poder en el Estado contemporáneo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Instituto Italiano de Cultura de Córdoba e Instituto de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina), 2005, p. 44.

⁷³ *Ibidem.*, p. 42.

Paralelamente, tal paradigma equilibrado deberá trasladarse al sistema comunitario y su cuadro de distribución y ejercicio de competencias con cada uno de los Estados Miembros, respetando las pautas de *atribución, subsidiariedad, proporcionalidad y necesidad*.

A propósito de todo ello, en la praxis comunitaria europea —que, como anticipábamos, pese a las claras diferencias con el Mercosur es el contexto del que se debe abreviar para extraer algunas enseñanzas que quizá resulten prospectivamente extrapolables, no sin beneficio de inventario, a nuestro modelo integrativo— se ha reclamado la necesidad de dar coherencia a la participación regional en el proceso de integración de Europa, por medio de la institucionalización de un diálogo en dos frentes: el *comunitario*, permitiendo a las regiones comunicarse con las instituciones de la Unión Europea (en adelante, también UE); y el *interno del Estado*, suscitando una colaboración entre las autoridades centrales y las autoridades regionales en relación con dicho proceso.⁷⁴

Naturalmente, la cuestión se comprende a partir del resultado de lo que se ha explicado como la reconducción del concepto clásico de “política exterior”, separando el “núcleo duro” (cuya diagramación compete al Estado) de un conjunto de acciones que giran en su derredor, de “relieve internacional” o de “promoción exterior”, consecuencia del proceso de globalización o internacionalización, y cuya realización puede y debe ser llevada a cabo por las entidades subestatales bajo el principio liminar de la “lealtad constitucional”.⁷⁵

7. Sumarias aportaciones complementarias

No deseábamos finalizar este trabajo sin añadir unas líneas sobre algunas cuestiones de interés vinculadas a los derechos fundamentales, los mecanismos procesal-constitucionales para operativizarlos y otros puntos significativos asociados a los compromisos convencionales asumidos internacionalmente por el Estado nacional en el marco de los derechos humanos.

7.1. El derecho público provincial y sus reflejos anticipatorios *vis-à-vis* la Constitución nacional

Debe destacarse la importancia anticipatoria que frente a la C.N. exhibe el constitucionalismo provincial argentino, cuyo ciclo reformador comenzado en épocas cronológicamente próximas a la finalización de la aciaga dictadura

⁷⁴ Cfr. Pérez González, Manuel, “Facultades de los entes subnacionales ...”, *op. cit.*, pp. 18-19.

⁷⁵ Cfr., *mutatis mutandi*, Leguina, Joaquín, “Intervención ...”, *op. cit.*, p. 16.

militar iniciada en 1976 y concluida con histórica recuperación democrática de fines de 1983, fue deparando múltiples instituciones, varias de las cuales recién quedaron receptadas por la Carta federal mediante la innovación constitucional de 1994.

En esa línea se presentan numerosos derechos y procesos constitucionales que recién fueron literalizados en la Ley fundamental nacional en la última innovación constitucional pero que ya llevaban bastante tiempo positivados en diversas constituciones provinciales; por ejemplo, en materia de importantes derechos como los relativos al consumidor y al medio ambiente; y los procesos constitucionales de amparo y hábeas data.

Otro tanto ocurrió, como tuvimos ocasión de verificar *supra*, con la consagración en diversas constituciones provinciales de la autonomía municipal a partir de 1957 y con mayor contundencia en el ciclo constituyente reformador comenzado en 1985-1986, proceso de positivación similar al que aconteció con la normativa referente a los recursos naturales.

7.2. En materia de derechos humanos, la Constitución nacional ¿es un piso o un tope para las constituciones provinciales?

Específicamente en el campo de los derechos y garantías constitucionales, es muy importante tener en cuenta que la C.N. marca un *umbral*, una plataforma básica protectoria, que puede ser ampliada (y de hecho así ha sido) en sus respectivos marcos competenciales por las leyes fundamentales provinciales. En otras palabras, la Carta magna nacional es un *piso* y no un *tope máximo*.

Aquella atribución surge, *inter alia*, del carácter *autonómico* que las provincias ostentan en el plano federal y siempre que sea ejercida dentro de los límites de sus jurisdicciones sobre la base del reparto competencial diseñado por la C.N.

Como es obvio suponer, las constituciones provinciales no podrían establecer normas que fuesen contrarias a la Constitución federal pues, de hacerlo, las mismas serían objeto de declaración de inconstitucionalidad. Es que la Constitución federal impone, como adelantábamos, un mínimo de derechos “con rígido carácter de canon indisponible”,⁷⁶ que prohíbe su disminución como también veda la reducción del contenido esencial de los mismos.

⁷⁶ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T° V, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 166.

Por tanto, si bien es cierto que las provincias pueden amplificar el bloque mínimo federal de derechos (construido por los consagrados —e implícitos— en la Carta Magna, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional⁷⁷ o las leyes nacionales), dotándolo de mayor o mejor contenido o añadiendo otros derechos, tales mejoras solo tendrían cabida —como señala Bidart Campos— en tanto fuesen oponibles a la misma provincia que las dispusiera o a los particulares como sujetos pasivos gravados con una obligación, pero nunca para convertir al Estado federal en sujeto pasivo con deberes que excedieran los que a él imponga la C.N.⁷⁸

7.3. Sobre la denominada “cláusula federal”⁷⁹

A) Otro punto de interés que involucra al federalismo (y a otras formas de vertebración estatal compleja) es la denominada *cláusula federal* prevista en

⁷⁷ En cuanto al rango de los instrumentos internacionales en la órbita normativa interna argentina, se ha dado un importante paso, pues la reforma constitucional de 1994 les ha adjudicado en general una *jerarquía superior a la de las leyes nacionales* —art. 75, incs. 22, párr. 1°—, al tiempo de haber acordado *jerarquía constitucional* a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos (enumerados en el art. 75, inc. 22, párr. 2°) y a los que en el futuro se les acuerde tal valencia (párr. 3° de dicho inciso). Por tanto, podría decirse que existen instrumentos internacionales relativos a derechos humanos que ostentan *jerarquía constitucional originaria* y otros que receptan *jerarquía constitucional derivada*.

Entre los primeros, es decir, los enumerados específicamente por la Ley fundamental, se encuentran la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*; la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH); el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo*; la *Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*; la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*; la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*; la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes*; y la *Convención sobre los Derechos del Niño*.

Ya en la segunda modalidad procedimental, esto es, los ungidos con valencia constitucional *ex post*, se cuentan la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, consagrada por la 24ª Asamblea General de la OEA, celebrada el 9 de junio de 1994 en Belem do Pará, Brasil, y a la que se le dispensó tal cotización constitucional por conducto de la Ley N° 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; y la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*, a la que se ha conferido esa valía mediante la Ley N° 25.778, publicada el 3 de setiembre de 2003.

⁷⁸ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de ...*, op. cit., pp. 166-167.

⁷⁹ En el texto nos ceñiremos a la “cláusula federal” contenida por ejemplo en el art. 28 de la CADH y otros instrumentos internacionales en el campo de los derechos fundamentales.

La aclaración obedece a que, por inspiración del autor Pedro J. Frías, se insertaron “cláusulas federales” en varias cartas básicas provinciales sancionadas con posterioridad a 1985.

Según afirma Bidart Campos, la “cláusula federal”, girando sobre el eje de la relación de subordinación bien interpretada, intenta redefinir desde un federalismo de concertación el reparto competencial

la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH), entre otros instrumentos, por ejemplo, la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

En el caso de la CADH dicha cláusula “impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar ‘de inmediato’ las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, para que las autoridades componentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado” (art. 28, incs. 1° y 2°).

Ello, aun cuando tal disposición de la CADH haya sido calificada por prestigiosa doctrina como un “anacronismo”,⁸⁰ desde que no se enrola en la línea descripta por los tratados internacionales que no incorporan tal cláusula federal, ya que —por caso— la misma no consta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸¹ ni en la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Buergenthal recuerda que la nombrada premisa se remonta a la era de la Sociedad de las Naciones y que fue incluida en la CADH por insistencia de EE.UU., cuya delegación propuso tal artículo para garantizar que no se considere a un Estado federal como asumiendo obligaciones internacionales para impedir violaciones a la Convención con respecto a derechos o actos de la jurisdicción de una entidad gubernamental que no sea el gobierno federal; además de que, al limitar las obligaciones internacionales del Estado federal a materias sobre las cuales *ejerce* su jurisdicción, EE.UU. quería indicar que tal Estado no tiene, según la Convención, ninguna obligación en aquellas situaciones en las cuales el gobierno federal, aun cuando tenga jurisdicción, no la haya ejercido anteriormente⁸² (Cursivas del original).

dentro del marco trazado por la Constitución federal. Para este último autor tal cláusula es “una expresión provincial que afianza un diseño federal ortodoxo y que, desde las provincias, alcanza la jerarquía de la Constitución local para tratar de imprimir un nuevo sesgo a las relaciones interjurisdiccionales, tanto como recuperar competencia perdidas, avasalladas o, por lo menos, perturbadas en disfavor de las autonomías locales (...)” (Bidart Campos, Germán J., “La cláusula federal ...”, *op. cit.*, pp. 185-186).

⁸⁰ Buergenthal, Thomas, “La cláusula federal de la Convención Americana”, en Buergenthal, Thomas, Norris, Robert E. y Shelton, Dinah, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, 1ª ed., reimpres., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1994, p. 85.

⁸¹ Que en su art. 50 justamente entroniza el principio opuesto a la cláusula federal.

⁸² Buergenthal, Thomas, “La cláusula federal ...”, *op. cit.*, pp. 85-86.

Fuera de algunos ingredientes históricos y políticos que figuran en el ADN de dicha pauta normativa, no está de más reiterar que, al interpretarla —estando contenida como se dijo en un *tratado internacional*— deben tenerse en consideración los principios generales del derecho internacional y la jurisprudencia y la práctica internacionales en este campo. Ciertamente, tal cuestión apunta a afianzar la efectividad de los instrumentos de derechos humanos en el plano del derecho interno estatal, efectividad que resulta de la propia naturaleza jurídica de aquellos, a lo que se debe agregar el imperativo ético y la necesidad de que los Estados compatibilicen su normativa y sentencias a las decisiones de los tribunales internacionales.⁸³

B) Aunque parezca una cuestión superada o solo de interés especulativo o académico, lo que parece obvio no es siempre ni en todos los lugares, tan obvio. Si no, basta con repasar los párrafos 45 y 46 de la sentencia de reparaciones y costas dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, que pasamos a transcribir:⁸⁴

La Comisión solicitó a la Corte que se pronuncie acerca de la cláusula federal (artículo 28 de la Convención Americana) y del alcance de las obligaciones del Estado argentino en la etapa de reparaciones, en relación con dicha cláusula (...). La Argentina invocó la cláusula federal o hizo referencia a la estructura federal del Estado en tres momentos de esta controversia. En primer lugar, cuando se discutía el fondo del asunto, el Estado sostuvo que la responsabilidad del caso no recaía sobre él, sino en la provincia de Mendoza, en virtud de la cláusula federal. La Argentina desistió luego de este planteamiento y reconoció expresamente su responsabilidad internacional en la audiencia de 1 de febrero de 1996 (...). El Estado pretendió por segunda vez hacer valer la cláusula federal al concertarse el convenio sobre reparaciones de 31 de mayo de 1996. En esa oportunidad,

⁸³ Ver para ampliar, Cançado Trindade, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 380 y ss.

⁸⁴ Corte IDH, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, Sentencias de Reparaciones y Costas, 27 de agosto de 1998, Serie C, N° 39, párrs. 45 y 46.

apareció como parte en el convenio la provincia de Mendoza y no la República Argentina, pese a que esta última ya había reconocido su responsabilidad internacional. La Corte decidió entonces que dicho convenio no era un acuerdo entre partes por no haber sido suscrito por la República Argentina, que es la parte en esta controversia (...). Por último, en la audiencia de 20 de enero de 1998 la Argentina alegó haber tenido dificultades para adoptar ciertas medidas debido a la estructura federal del Estado (....)

El artículo 28 de la Convención prevé la hipótesis de que un Estado federal, en el cual la competencia en materia de derechos humanos corresponde a los Estados miembros, quiera ser parte en ella. Al respecto, dado que desde el momento de la aprobación y de la ratificación de la Convención la Argentina se comportó como si dicha competencia en materia de derechos humanos correspondiera al Estado federal, no puede ahora alegar lo contrario pues ello implicaría violar la regla del *estoppel*. En cuanto a las ‘dificultades’ invocadas por el Estado en la audiencia de 20 de enero de 1998, *la Corte estima conveniente recordar que, según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional* (Cfr.: sentencia arbitral de 26.VII.1875 en el caso del Montijo, La Pradelle-Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, 1954, t. III, p. 675; decisión de la Comisión de reclamaciones franco-mexicana del 7.VI.1929 en el caso de la sucesión de Hyacinthe Pellat, U.N., *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, p. 536) (Énfasis agregado).

Si bien huelgan mayores comentarios en torno a la inviabilidad estatal de alegar normativa, insuficiencias o inconvenientes de su derecho interno para incumplir las obligaciones impuestas por la Corte IDH, solo evocaremos aquí la necesidad de leer conjuntamente los artículos 1.1, 2 y 28 de la CADH para dar cumplimiento a aquellas directivas jurisdiccionales, pues —como afirma Dulitzky— tal artículo. 28 “tiene por objeto clarificar, precisar y hacer más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades en el marco de los Estados federales”, añadiendo que dicha norma “no altera o disminuye el alcance de los artículos 1 y 2 de la Convención sino que los complementa.

Una interpretación distinta carecería de sentido al privar de efecto útil a la Convención en las unidades componentes de los Estados federales”.⁸⁵

Acerca de este último aspecto, la Corte IDH ha expresado —*mutatis mutandi*— la necesidad de velar por el *efecto útil* de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.⁸⁶

Sería desatinado obviar como material de análisis para ponderar debidamente la cuestión, el deber de honrar los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que demandan los principios generales del derecho. En particular, las exigencias de las pautas *pacta sunt servanda* (premisa fundamental, de raigambre metajurídica,⁸⁷ del derecho de los tratados internacionales); cumplimiento de buena fe (que recorre de manera transversal a todo el derecho internacional), e improcedencia de alegar disposiciones (u omisiones —según nuestro criterio—) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los convenios internacionales.⁸⁸

⁸⁵ Dulitzky, Ariel E., “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los Estados Federales: algunas reflexiones”, en Bazán, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 172.

⁸⁶ Cfr. v.gr., Corte IDH, “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, N° 186, párr. 180; Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124; “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158, párr. 128; y “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2007, Serie C, N° 169, párr. 113.

⁸⁷ Al respecto, y en su voto disidente en el “Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia” (Sentencia de Reparaciones y Costas, 29 de enero de 1997, Serie C, N° 31, párr. 8), el ex magistrado del Tribunal Interamericano (y actual juez de la Corte Internacional de Justicia) dejó en claro que el principio general *pacta sunt servanda* tiene fuente *metajurídica*, “al buscar basarse, más allá del consentimiento individual de cada Estado, en consideraciones acerca del carácter obligatorio de los deberes derivados de los tratados internacionales”.

⁸⁸ Solo por traer aquí una cita ejemplificativa, evocamos que la Corte IDH ha sostenido: “Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia (...). Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” [cfr. Opinión Consultiva OC-14/94, “Responsabilidad internacional por expedición

Todo ello de acuerdo, en lo respectivamente correspondiente, con los artículos 26, 31.1 y 27 de la citada Convención de Viena (CVDT), de 23 de mayo de 1969,⁸⁹ conjunto de reglas modulares en materia de observancia de los instrumentos internacionales convencionales.⁹⁰

C) En suma, una interpretación amplia y dinámica de la “cláusula federal” lleva a pensar, por un lado, en que *ad intra* la protección que prefigura el documento internacional en cuestión debe ser equivalente para los habitantes en los ámbitos de las distintas provincias que compongan cada Estado federal y, por el otro, que a la luz del instrumento internacional de que se trate los pobladores de Estados federales no deberían ostentar un nivel tuitivo inferior al de los que habitan en Estados con estructura diversa (v.gr., unitario o centralizado).

Es preciso tener en cuenta que —como la Corte IDH ha sostenido insistentemente— los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. Es decir, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados.⁹¹

y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2)”, 9 de diciembre de 1994, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), Serie A, N° 14, párr. 35).

⁸⁹ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

⁹⁰ Cabe resaltar, en lo tocante al art. 26 de la CVDT, y su reflejo en el art. 31.1, *ibídem*, que al enunciado tradicional en punto a que “los pactos deben ser cumplidos”, la disposición añade “de buena fe”, que naturalmente es un principio general del derecho. Pero más allá de encontrarse en el cuerpo normativo de la Convención, tales premisas adquieren un refuerzo axiológico, *anche* jurídico, al haber quedado literalizadas también en el Preámbulo de la misma, que en su párr. 3° reza: “Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos”.

A su tiempo, entre los principios de la Organización de Naciones Unidas (ONU), su Carta establece en el art. 2.2.: “Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, *cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta*” (Énfasis agregado) (sobre tales tópicos, ver para ampliar De la Guardia, Ernesto, *Derecho de los tratados* ..., *op. cit.*, pp. 94-95).

⁹¹ Ver, por ejemplo, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, 24 de septiembre

Al hilo de ello, no sería legítimamente posible soslayar una directriz relevante en lo axiológico: *los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana*.

7.4. El control de convencionalidad

A) Ciertamente, el deber de pugnar por preservar el *efecto útil* de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la improcedencia de alegar disposiciones u omisiones de derecho interno para soslayar el cumplimiento de obligaciones internacionales a los que nos referíamos líneas arriba, se vincula con la compleja cuestión del *control de convencionalidad*,⁹² que, si bien no podemos desarrollar de un modo exhaustivo aquí, vale al menos dedicarle unas breves líneas antes de pasar al cierre de este trabajo.

Tal contralor de convencionalidad transita por dos vertientes:

- a) Una se desarrolla en sede *internacional* y se deposita en el Tribunal Interamericano que ha venido desplegándola desde hace bastante tiempo aunque solo en época reciente la ha denominado “control de convencionalidad”.
- b) La restante se desenvuelve en el contexto *nacional*, está a cargo de los magistrados locales y otras autoridades públicas⁹³ (todos vincu-

de 1982, solicitada por la Comisión IDH, Serie A, N° 2, párr. 29. Un análisis de tal opinión consultiva puede compulsarse en Bazán, Víctor, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Bidart Campos, Germán J. *et al.* (coords.), *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, T I, Mendoza (Argentina), 2000, pp. 91-165.

⁹² En torno al tema, *vid.* Bazán, Víctor, por ejemplo, en “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, Bazán, Víctor *et al.* (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Control de Convencionalidad*, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Bogotá, 2012, pp. 17-55; y “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 18, 2° Semestre 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2012, pp. 63-104.

⁹³ Ver al respecto, entre otros pronunciamientos de la Corte IDH, el “Caso Gelman vs. Uruguay”, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221. En tal ocasión, sostuvo que “particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial” (Énfasis agregado) (párr. 239).

lados por la jurisprudencia interamericana) y enraíza en el deber que sobre ellos pesa en cuanto a constatar la compatibilidad de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH y otros instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos respecto de los cuales la Corte IDH ejerce competencia *ratione materiae*, además de los patrones hermenéuticos que esta ha elaborado en su faena jurisprudencial.

B) Procurando compendiar en la jurisprudencia de la Corte IDH la secuencia creciente de destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno y del crecimiento del alcance material de tal test de compatibilidad convencional, se observa que pueden identificarse hasta el momento los siguientes eslabones:

- i) *Poder Judicial* (“Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”).⁹⁴
- ii) *Órganos del Poder Judicial* (“Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”).⁹⁵
- iii) *Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles* (“Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”).⁹⁶
- iv) *Cualquier autoridad pública y no solo el Poder Judicial* (“Caso Gelman vs. Uruguay”).⁹⁷
- v) *Adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH* (“Caso López Mendoza vs. Venezuela”⁹⁸ y “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”⁹⁹).

⁹⁴ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, *op. cit.*, párr. 124.

⁹⁵ Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, *op. cit.*, párr. 128.

⁹⁶ Corte IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220, párr. 225.

⁹⁷ Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, *op. cit.*, párr. 239.

⁹⁸ Corte IDH, “Caso López Mendoza vs. Venezuela”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, N° 233, párr. 228.

⁹⁹ Corte IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239, párr. 284.

C) La importancia del control de convencionalidad puede verificarse a partir de contemplar que hasta el presente (fines de 2012), trece distintos países de veintiuno que pertenecen al esquema interamericano han sido condenados a realizarlo. Además, ello se ha dado no solo en pronunciamientos de fondo, reparaciones y costas, sino también en el marco de recursos de interpretación y en el ejercicio de facultades de supervisión de sentencias por la Corte IDH.

Como puede suponerse, la obligación de los jueces y demás autoridades públicas concernidas en punto a llevar adelante tal fiscalización de convencionalidad alcanza por igual a Estados unitarios y federales inmersos en el sistema interamericano.

Dicho de otro modo, el Estado federal en cuestión (Argentina, Brasil, México) no podría invocar su configuración estatal compuesta o compleja para preterir el cumplimiento de semejante deber internacional.

Antes de pasar a las valoraciones de cierre de este trabajo, y tal vez cuando pueda parecer sobreabundante, debe subrayarse que una conducta estatal contraria a lo indicado comprometería directamente su responsabilidad internacional.

8. Epílogo

- a) El federalismo es un proceso *dinámico* y con numerosas fórmulas posibles de configuración, por lo que existen tantos federalismos como Estados federales con sus numerosas modalidades y variantes.
- b). Hasta el presente, y tomando como punto de partida la reforma constitucional de 1994 que en su hora esgrimía como un objetivo central el *fortalecimiento del federalismo* en la Argentina, un balance provisional arroja que, si bien desde el plano normológico se han dispensado cláusulas relevantes en aquella dirección, paralelamente existe un intenso déficit en la aplicación real de las mismas. En otras palabras, *no se ha robustecido el federalismo* y, en contrapartida, ha crecido disfuncionalmente el centralismo, con el consecuente quebranto de la calidad democrática e institucional.
- c) Tampoco se ha limitado la hegemonía del Poder Ejecutivo de la Nación, tal como también se pregonaba al momento de propiciar la modificación constitucional de 1994.

Por el contrario, dicho poder se ha fortificado aumentando su injerencia sobre los restantes departamentos del Estado y avanzando sobre las autonomías provinciales, fundamentalmente de aquellos entes subestatales cuyos gobernantes no coinciden con el color político del frente gobernante en el ámbito nacional, lo que ha acentuado la dependencia económico-financiera de ellas respecto del régimen gubernamental central.

- d) Debe insistirse en la necesidad de una interacción armónica de las instancias políticas de la estructura federal, sobre una matriz de colaboración y respeto mutuos para operativizar el principio de “lealtad federal”.
- e) Es imprescindible la convergencia de un cabal *empeño político* para buscar los consensos básicos que permitan perfilar los instrumentos de *coordinación federal* más adecuados en orden a integrar al Gobierno nacional, las provincias, la CABA (también a los municipios), y cumplir los postulados de la C.N. optimizando jurídica y axiológicamente los criterios de reparto de los recursos coparticipables.
- f) Es preciso destacar el valor anticipatorio que en relación con la C.N. ha tenido el constitucionalismo provincial argentino, positivando numerosas instituciones, derechos fundamentales e instrumentos procesal-constitucionales para operativizarlos, con varios años de precedencia respecto de la innovación constitucional de 1994.
- g) En el plano de los derechos humanos, la Carta Magna nacional es, para las constituciones provinciales, *un piso o umbral y no un tope máximo*.

De ello se desprende que, en uso de sus autonomías y siempre dentro de la esfera de sus atribuciones y jurisdicciones, pueden incluir derechos no consagrados en aquella o acordar mayor nivel tuitivo a otros sí literalizados (o implícitos) en ella y el resto del bloque federal de derechos, compuesto —además de la C.N.— por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional y las leyes nacionales.

- h) La potestad de crear regiones para su desarrollo económico y social ofrece a las provincias buenas perspectivas de crecimiento.

La implementación de regiones es una competencia provincial y tanto esta como la surgente de la celebración de convenios internacionales

deben realizarse “con *conocimiento* del Congreso nacional” (Énfasis agregado), lo que supone la inexistencia de obligación alguna de lograr el *consentimiento*, la aprobación ni la autorización del Poder Legislativo de la Nación, sino el deber de comunicar a éste, moviéndose siempre en el marco de sus competencias, en aras de preservar el citado principio de “lealtad federal”.

- i) Las actividades que en la órbita internacional pueden desplegar las provincias se entienden a partir de una relectura de la concepción clásica de relaciones internacionales, separando el *núcleo duro* de estas, reservado al poder central, del *núcleo blando*, que pueden llevar adelante tales entes subnacionales.
- j) Como *mutatis mutandi* afirma García de Enterría respecto del contexto europeo, pero con valencia extrapolable a nuestro diseño federal, el respaldo que a todas las políticas vinculadas con la irrupción de los nuevos espacios económicos integrados, desde la UE al Mercosur y, más aún, la imposición real de una globalización de la economía que las nuevas técnicas hacen posible y las exigencias del desarrollo económico parecen imponer, prestan una perspectiva nueva y obligada a todo el movimiento de *relocalización inexorable de los centros de decisión*.¹⁰⁰
- k) La integración regional importa, principalmente, dos desafíos fundamentales para las provincias: de un lado, *alcanzar los objetivos del desarrollo económico y social y del desarrollo humano*, con la magnitud de los cambios políticos, económicos, educativos, culturales y sociales por afrontar, comenzando con una tarea de compatibilización de la legislación; y, por otro, *cumplir con las obligaciones inherentes a la integración supranacional*, como parte de un Estado Parte del Mercosur.¹⁰¹

Los retos esbozados deberían tener como plataforma legitimante un *federalismo de concertación, participativo y solidario*, que permita una relación equilibrada de las instancias que componen la

¹⁰⁰ García de Enterría, Eduardo, en el prólogo a la obra de Hernández, Antonio M., *Integración y globalización: ...*, *op. cit.*, p. XV.

¹⁰¹ Hernández, Antonio M., *Integración y globalización: ...*, *op. cit.*, p. 60.

estructura federal y posibilite un proceso integrado de crecimiento y evolución *ad extra* y *ad intra*.

- l) A los fines de una cabal protección de los derechos humanos en los Estados de estructura compleja como el argentino, deben interpretarse conjuntamente los artículos 1.1, 2 y 28 de la CADH, ya que la denominada “cláusula federal” contenida en la última de las normas citadas busca operativizar la obligación de respetar y garantizar aquellos derechos fundamentales, sin que se diluya la responsabilidad internacional del Estado nacional.
- m) La obligación de los jueces y demás autoridades públicas concernidas en punto a llevar adelante el “control de convencionalidad” en los ámbitos internos alcanza por igual a Estados unitarios o centralizados y federales o descentralizados pertenecientes al sistema tutelar interamericano; es decir que aquel deber no queda condicionado por el tipo de organización estatal que se asuma.
- n) Como mensaje final y envolvente, corresponde puntualizar que todo propósito de instaurar o profundizar un modelo de descentralización política, funcional y territorial debe necesariamente ir acompañado de una sincera y consistente *voluntad política*, pues, de lo contrario, cualquier medida normativa que se tome en tal sentido será solo una muestra de *gatopardismo*,¹⁰² es decir, cambiar todo para que todo continúe igual.

En el fondo, y una vez más, se hace aquí presente la necesidad del *facta non verba*, premisa irrecusable si verdaderamente se desea transitar con provecho los *nuevos senderos del federalismo*¹⁰³ y superar —o al menos mitigar— las fuertes asimetrías de los diversos componentes de la estructura federal.

¹⁰² En la conocida novela *El Gatopardo* consta un diálogo entre Tancredi y su tío Fabrizio Salina, donde aquel, al comentarle que se había sumado al complot contra el rey de Italia pidiendo la república, le dice: “Si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie” (Lampedusa, Giuseppe Tomasi di, *El Gatopardo*, trad. de Dalia G. Sonatore de Acero, Longseller, Buenos Aires, 2001). A partir de entonces ha surgido en ciencias políticas la expresión “gatopardismo”, para referirse a la actitud de quienes íntimamente contrarios al cambio, paradójicamente lo promueven para que en realidad nada cambie; o, lo que es lo mismo, a quienes ceden o modifican una parte de las estructuras para mantener el todo sin que verdaderamente nada se modifique o altere.

¹⁰³ La frase que cierra el trabajo está obviamente tomada del título de la obra de La Pérgola, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, CEC, Madrid, 1994.

Bibliografía

Argentina, Constitución Nacional.

Argentina, Congreso de la República, Ley N° 23.548, “Régimen *Transitorio* de Distribución de Recursos Fiscales entre la nación y las provincias” 26 de enero de 1988.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, Sentencias de Reparaciones y Costas, 27 de agosto de 1998, Serie C, N° 39, párrs. 45 y 46.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, N° 186, párr. 180; Corte IDH,

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, 24 de septiembre de 1982, solicitada por la Comisión IDH, Serie A, N° 2, párr. 29.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220, párr. 225.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gelman vs. Uruguay”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso López Mendoza vs. Venezuela”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, N° 233, párr. 228.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Atala Riffó y Niñas vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239, párr. 284.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”

Agostini, María Valeria, “Líneas de evolución de la acción de las regiones italianas en el exterior y de su participación en el proceso de adopción de decisiones comunitarias”, en AA.VV., *La acción exterior y comunitaria de los Länder, regiones, cantones y comunidades autónomas*, Vol. I, Universidad Carlos III de

- Madrid y Universidad del País Vasco, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1994.
- Bazán, Víctor, “La integración supranacional y el federalismo en interacción: perspectivas y desafíos”, en *Boletín Mexicano Derecho Comparado*, N° 124, Nueva Serie, Año XLII, enero-abril 2009, IIJ, UNAM, México D.F., pp. 59-124.
- Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1996.
- Buergenthal, Thomas, “La cláusula federal de la Convención Americana”, en Buergenthal, Thomas, Norris, Robert E. y Shelton, Dinah, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, 1ª ed., reimpres., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1994.
- Cançado Trindade, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- Casanovas La Rosa, Oriol, “La acción exterior de las Comunidades Autónomas y su participación en la celebración de tratados internacionales”, en Leguina, Joaquín (coord.), *La acción exterior y comunitaria de los Länder, regiones, cantones y comunidades autónomas*, 1994.
- Dalla Via, Alberto R., “Actualidad del federalismo argentino”, en Serna de la Garza, José M. (coord.), *Federalismo y regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México D.F., 2002.
- Davis, Solomon Rufus, *The Federal Principle: A Journey Through Time in Quest of Meaning*, University of California Press, Berkeley, 1978.
- Dulitzky, Ariel E., “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los Estados Federales: algunas reflexiones”, en Bazán, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires, 2003.
- Faller, Hans J., “El principio de la lealtad federal en el orden federativo de la República Federal de Alemania”, en *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, N° 16, julio-agosto de 1980, CEC, trad. de Ramón García Cotarelo, Madrid, p. 197.
- Fernández Segado, Francisco, “Reflexiones críticas en torno al federalismo en América latina”, en Serna de la Garza, José M. (coord.), *Federalismo y regionalismo*. México D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

- Frías, Pedro J., *El Proceso Federal Argentino II*, Ediciones del Copista, Córdoba (Argentina), 1998.
- Frías, Pedro J., *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- Friedrich, Carl, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1946.
- García de Enterría, Eduardo, en el prólogo a la obra de Hernández, Antonio M., *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, 2ª ed. ampl. y actualiz., Buenos Aires, 2003.
- Hernández, Antonio M., *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- Leguina, Joaquín, “Intervención de apertura”, en Pérez González, M. (dir.) *La acción exterior y comunitaria de los Länder, regiones, cantones y comunidades autónomas*, Vol. I, Instituto Vasco de Administración Pública, Vitoria-Gasteiz, 1994.
- Lijphart, Arend, *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, Ariel, Barcelona, 2000.
- Muchnik, Daniel, “El ilusorio federalismo argentino”, en *Le Monde Diplomatique*, en <http://www.insumisos.com/diplo/NODE/3413.HTM>.
- Natale, Alberto L., *Comentarios sobre la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- Pérez González, Manuel, “Facultades de los entes subnacionales en el sistema comunitario europeo”, en Drnas de Clément, Zlata y Rey Caro, Ernesto J. (dirs.), *Jornadas de reflexión sobre regionalización y Mercosur*, Córdoba: Marcos Lerner, 2000.
- Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución Argentina comentada*, Zavallía, Buenos Aires, 1996.
- Robbers, Gerhard, “La contribución de la jurisdicción constitucional en la configuración del Estado federal en Alemania”, en *Revista catalana de dret públic*, N° 43, 2011, Generalitat de Catalunya, Escola d’Administració Pública de Catalunya, Barcelona, p. 5, nota 27.
- Rosatti, Horacio D., “El federalismo en la reforma”, en AA.VV., *La reforma de la Constitución, explicada por miembros de la Comisión Redactora*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (Argentina), 1994.

- Schambeck, Herbert, “Posibilidades y límites del federalismo”, *Revista de Documentación Administrativa*, N° 193, enero-marzo de 1982, trad. de Joaquín Abellán.
- Wricht, Deil S., “Del federalismo a las relaciones intergubernamentales en los Estados Unidos de América: una nueva perspectiva de la actuación recíproca entre el gobierno nacional, estatal y local”, en *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, N° 6, noviembre-diciembre de 1978, Centro de Estudios Constitucionales (CEC), trad. de Faustino González González, Madrid, p. 8.
- Zarza Mensaque, Alberto, “Las provincias en las relaciones interjurisdiccionales”, en Drnas de Clément, Zlata y Rey Caro, Ernesto J. (dirs.), *Jornadas de reflexión sobre regionalización y Mercosur*, Marcos Lerner Editora, Córdoba (Argentina), 2000.

Segunda parte

**Justicia constitucional y organización
del territorio colombiano**

Autonomía Territorial

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*

Sumario

1. Introducción. — 2. Algunos temas que evidencian la tensión entre los principios constitucionales de autonomía territorial y de Estado unitario. — 3. La adopción del modelo de Estado unitario, descentralizado y con autonomía de los entes territoriales. 3.1. Asamblea Nacional Constituyente: hacia un modelo unitario, descentralizado y con autonomía de sus entes territoriales. 3.2. El alcance que la Corte le ha dado a los principios del ordenamiento territorial. 3.2.1. ¿Cuáles son los entes territoriales? 3.2.2. ¿Qué tipo de autonomía? 3.3. Articulación entre los principios de Estado unitario y

* Magistrado de la Corte Constitucional, Abogado de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, con especialización en Derecho Administrativo de la misma universidad. Fue eximido de Tesis de Grado por haber participado durante dos años en el programa *Centenario de la Constitución de 1986*. Es especializado además en Defensa y Seguridad Nacional en la Escuela Superior de Guerra. Tiene Diploma de Estudios Avanzados D.E.A., con Tesis dedicada a “Financiación de Campañas Electorales y Partidos Políticos”. Actualmente adelanta la fase de Tesis Doctoral para acceder al título de Doctor en Derecho de la Universidad Alfonso X El Sabio de Madrid, España.

Se vinculó desde el año de 1983 a la Fundación para la Investigación del Desarrollo Social, la cual dio origen a la hoy Universidad Sergio Arboleda. En ella fue su primer Secretario General, Vicerrector General y Vicerrector de Gestión. Igualmente ha sido profesor de las cátedras de Introducción al Derecho, Organismos del Estado, Derecho Constitucional Colombiano, Legislación Electoral, Derecho Administrativo. En el período comprendido entre 1998 y 2002 fungió como Magistrado del Consejo Nacional, cuya presidencia ejerció durante el periodo 2001 y 2002. En el sector público se desempeñó como Jefe de Personal de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM y fungió como conjuuez en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Como profesional del derecho ha litigado con éxito en los foros judiciales en los campos del Derecho Administrativo y Penal y se ha desempeñado como Árbitro del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá. Como escritor de temas jurídicos es autor de varias obras de derecho electoral, así como de ponencias y artículos periodísticos sobre tales aspectos.

autonomía territorial. — 4. La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial. 4.1. Las materias que el Constituyente encomendó al legislador estatutario. 4.2. Algunas opiniones sobre la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial. 4.3. Contenido principalista de la nueva Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial. 4.4. Innovaciones de la nueva Ley Orgánica. 4.5. La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial privilegia las competencias nacionales. — 5. Cambios del sistema de reparto de regalías. 5.1. Contenido del acto legislativo. 5.2. Principales cambios del Acto Legislativo 05 de 2011 y de la Ley 1530 de 2012. 5.3. Reducción de la participación de las entidades territoriales en la toma de decisiones. 5.4. Cambio en los criterios de distribución de los recursos de las regalías que impacta a las entidades territoriales más pobres. — 6. Competencia preferente y casi exclusiva de la Nación en la aprobación de los proyectos de mayor impacto ambiental dentro de las regiones. — 7. Las tensiones entre la centralización y la descentralización del uso del suelo en Colombia. 7.1. La regulación del uso del suelo por el Gobierno Nacional. 7.2. La descentralización del uso del suelo. 7.3. El resurgimiento de la centralización del uso del suelo. 7.4. El impacto de los macroproyectos a nivel nacional. — 8. Los retos de las entidades territoriales indígenas. 8.1. Las entidades territoriales indígenas en la Constitución de 1991. 8.2. Las dificultades de la conformación de las entidades territoriales indígenas. 8.3. Dificultades que enfrenta la creación de entidades territoriales indígenas — Bibliografía.

1. Introducción

Hace un año estábamos reunidos conmemorando los veinte años de nuestra Carta Política y hoy continuamos en la tarea de seguir desarrollado los postulados del Constituyente. En aquella oportunidad me fue encomendada la labor de señalar los núcleos temáticos de nuestra Constitución.

Por tal razón, junto con mi Despacho, extendí una invitación a académicos, universidades, ex constituyentes, ex magistrados de la Corte Constitucional y a magistrados actuales de las altas corporaciones, con el propósito de que señalaran cuáles consideraban que eran los núcleos que caracterizan a nuestra actual Constitución.

En respuesta, la gran mayoría coincidió en que (i) la creación de la Corte Constitucional se configuraba como uno de los grandes ejes temáticos de nuestra Carta. Otros, por su parte, señalaron que era (ii) el catálogo de derechos fundamentales el triunfo más significativo, así como (iii) el bloque

de constitucionalidad, (iv) los mecanismos de participación ciudadana y (v) la acción de tutela. Sin embargo, entre las respuestas encontramos que, para un buen número de personas, la incorporación de los conceptos de descentralización y autonomía de las entidades territoriales también se encontraba dentro de los diez más importantes núcleos, tal como se observa a continuación:

1. Creación de la Corte Constitucional
2. Carta de Derechos Fundamentales
3. Bloque de Constitucionalidad
4. Mecanismos de participación ciudadana
5. Acción de Tutela
6. Democracia Participativa
7. Autonomía y descentralización
8. Derechos de las minorías étnicas
9. Control de constitucionalidad
10. Estado Social de Derecho

Como se observa, el tema de la autonomía territorial es considerado fundamental dentro de los ejes temáticos de la Constitución, de acuerdo con lo expresado por los encuestados. Por esta razón me permito hacer referencia a algunas respuestas dadas frente al tema:

1. Carlos Rodado Noriega, ex constituyente: “El fortalecimiento de las finanzas de las entidades territoriales para financiar inversión social (educación, salud, agua potable, saneamiento básico)”.
2. Antonio Navarro Wolff, ex constituyente: “5. La descentralización con transferencia de recursos, aunque ella se ha disminuido con las reformas posteriores.”
3. Juan Gómez Martínez, ex constituyente: “4) Descentralización y autonomía de las regiones, aunque es un propósito aún no cumplido”.
4. José Fernando Isaza Delgado, ex rector Universidad Jorge Tadeo Lozano: “- El reconocimiento de que Colombia es un país multi-regional. Hasta ahora no se han desarrollados los mecanismos que permitan una mayor participación de los habitantes de una región en su destino”.

5. Alexandra García Iragorri, profesora Universidad del Norte: “Con-sagrar la creación de las regiones como entidades territoriales en Colombia como mecanismo de fortalecimiento de la autonomía regional y la descentralización”.
6. Liliana Estupiñán Achury, profesora Universidad del Rosario: “1. Un nuevo ordenamiento territorial para Colombia. Seguimos bajo lógicas centralistas, a pesar de la consagración constitucional de los principios de descentralización y autonomía territorial.”

Así, de lo expresado anteriormente, podemos deducir que expresiones como finanzas territoriales, fortalecimiento de las regiones, transferencia de recursos y desarrollo del principio de descentralización son aspectos fundamentales que integran los grandes ejes del ordenamiento territorial colombiano, siendo preciso ahondar en algunos de ellos.

2. Algunos temas que evidencian la tensión entre los principios constitucionales de autonomía territorial y de Estado unitario

Hablar de autonomía territorial abarca muchos temas y debates, la mayoría de ellos académicos. No obstante, he decidido apartarme de estas elucubraciones y enfocarme en algunos asuntos que hoy el país analiza y que en mi opinión están definiendo el futuro mediano e inmediato del modelo territorial adoptado por el Constituyente de 1991. No en vano algunos analistas han considerado que estos temas significan un retorno a la centralización.

Me referiré entonces, no sin antes hacer una pequeña referencia a la forma como el Constituyente contempló nuestro sistema territorial, a los siguientes cinco temas: (1) Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, LOOT, frente a la cual el Constituyente fincó las esperanzas de culminación del marco territorial, (2) el cambio en el sistema de reparto de regalías que afecta gravemente los recursos de inversión social de las entidades territoriales y su autonomía para destinarlos a sus propias prioridades de desarrollo, (3) competencia preferente y casi exclusiva de la Nación en la aprobación de los proyectos de mayor impacto ambiental dentro de las regiones, (4) la incidencia del gobierno en los planes de ordenamiento territorial a través de los megaproyectos y, finalmente, (5) la ausencia, después de 21 años de expedida la Carta, de una regulación orgánica en materia de entidades territoriales indígenas prevista en el artículo 286, lo que limita la posibilidad de los pueblos indígenas de tomar decisiones trascendentales sobre su desarrollo.

3. La adopción del modelo de Estado unitario, descentralizado y con autonomía de los entes territoriales

Antes que nada, considero útil citar las palabras del ex constituyente Jaime Castro, que evidencian cómo a la Asamblea Nacional no le quedó tiempo para discutir a fondo los temas de ordenamiento territorial.

Al respecto, él señala que la Asamblea “no tuvo tiempo para tomar una decisión de fondo en relación con el nivel intermedio o no tuvo el valor para hacerlo o faltó liderazgo de parte del gobierno de la época y terminó tomando una decisión equivocada, que consistió en darle gusto a los partidarios de la provincia, a los partidarios del departamento y a los partidarios de la región”.¹

En este sentido, es claro que ahora puede uno observar la importancia que reviste para Colombia el hecho de discutir las ventajas y desventajas del modelo actual, pues con el tiempo comienzan a surgir los posibles problemas que este presenta y, además, temas de esta naturaleza requieren de un análisis concienzudo en cada uno de los diferentes niveles de gobierno, en donde se pueda pensar con calma qué es lo mejor para cada entidad en pro de un desarrollo territorial equilibrado y justo.

Es por ello que estos espacios son necesarios para lograr tal objetivo, en donde el tiempo no constituye un factor en contra que impida el mejoramiento y construcción del actual modelo de ordenamiento territorial colombiano.

Dicho lo anterior, lo primero que debe señalarse es que, conforme al artículo 1º de nuestra Constitución, el modelo de Estado adoptado por los constituyentes en su momento califican a Colombia como “un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, [y] con autonomía de sus entidades territoriales, (...)”.

Cuando se habla de estos tres elementos, se debe tener en cuenta que fueron incorporados para dar forma a la actual organización territorial colombiana, partiendo de la estructura de su entorno y, también, de los procesos territoriales que se configuran como un conjunto de relaciones para nada fáciles y más bien complejas, en las cuales las entidades interactúan entre sí como un todo, respondiendo de tal forma a la unidad antes mencionada.

¹ Citado por: Estupiñán Achury, Liliana, “*Desequilibrios territoriales*”, Doctrina y Ley Ltda. Editorial Universidad del Rosario, 2012, p. 267.

Pero para entender estas relaciones complejas, es pertinente hablar primero del origen de las mismas y de las razones que dieron pie a la estructuración de un Estado unitario, descentralizado y con autonomía de sus entes territoriales.

Pues bien, para ello, la primera fuente que considero debería abordarse en todo debate que se construya en torno a estos temas es la de la Asamblea Nacional Constituyente, pues, en lo que oportunamente se discutió en aquella época, podemos advertir de la desorganización territorial a la que estaba sometida el Estado colombiano y a los factores que dieron origen a la adopción de los tres principios antes mencionados. Luego, a partir de esto, identificaré los pronunciamientos fundadores de la Corte Constitucional frente a la materia, pues como intérprete autorizado de la Carta Política, esta corporación se ha esclarecido, con base en lo señalado por el Constituyente, cuál es el alcance dado a los mismos.

3.1. Asamblea Nacional Constituyente: hacia un modelo unitario, descentralizado y con autonomía de sus entes territoriales

Sin duda alguna, para nadie es desconocido que, con la Constitución Política de 1991, se implementaron grandes cambios en la forma de organización territorial colombiana. Esta nueva propuesta responde y lleva a un giro total frente a la tradición centralista de la Constitución de 1886. Así, a lo largo de los debates que se llevaron a cabo en las comisiones 1ª y 2ª de la Asamblea Nacional Constituyente se hizo palpable un rechazo generalizado al excesivo centralismo predominante en el régimen constitucional anterior.² De este modo, eran conscientes de la grave situación que vivía el país debido a la concentración del poder en los órganos centrales que dejó a los territorios periféricos en una posición de total abandono y absoluta desatención.³

² *Ibidem*. Al respecto, Liliana Estupiñán señala lo que sucedió con los departamentos: “Lo cierto es que la Constitución Política de 1886 marcó el modelo territorial de Colombia para el siglo XX, los departamentos continuaron en el desempeño de un papel integral de gobierno en sus territorios, más no ya en calidad de entidades ‘soberanas’, que habían dejado de serlo, sino en representación y por delegación del gobierno nacional. El papel del departamento, junto con el de su líder denominado gobernador, a lo largo del siglo XX ratifica el espíritu centralista invocado por la Constitución de 1886, bajo la máxima de ‘centralización política y descentralización administrativa’ que sin duda se tradujo en el campo territorial en simple desconcentración administrativa”.

³ Al respecto, resulta bastante ilustrativo lo señalado por algunos constituyentes como Juan Fernández Renowitzky, quien afirma: “La violencia no es, como generalmente se cree, el único factor de desestabilización del Estado colombiano. También, y en no menor medida, lo es el centralismo mono-

Dentro del mismo escenario constituyente, varios consideraron que el Estado centralista impedía el surgimiento de oportunidades por parte de los municipios y las regiones, quienes también tienen derecho a participar en el diseño de políticas generales, siendo propio que su voz se escuche para definir un desarrollo articulado, en donde su actuar no esté supeditado “a las decisiones que se tomen en la cumbre del centralismo”.⁴

Como consecuencia, y en respuesta a este excesivo centralismo, el constituyente apostó por un modelo territorial unitario descentralizado, diferente del unitario central que se venía implementando con la Constitución de 1886, siendo así como se materializó en el artículo 1º antes citado.

Con el fin de ilustrar el triunfo dado, dirigido a construir la unidad de la que habla el artículo primero, los constituyentes Horacio Serpa, Guillermo Perry y Eduardo Verano señalaron como factores importantes para lograr tal objetivo “la justicia social, equidad y distribución de recursos regionales para el logro de una paz duradera que solo puede obtenerse con el establecimiento de nuevas reglas de juego entre lo político, lo social y lo económico, a fin de que el Estado tenga presencia efectiva en todo el territorio”.⁵

Igualmente, Jaime Castro, uno de los delegatarios para el tema del ordenamiento territorial, describió esta propuesta como un avance significativo en el proceso de modernización institucional del país, pues “la descentralización territorial, en sus aspectos político, fiscal y administrativo” se contraponen al “centralismo paternalista, autoritario y clientelista, en buena medida asociado a las causas estructurales del atraso, los desequilibrios y la violencia contra los cuales se rebela hoy la voluntad nacional”; según lo manifestado por él.⁶

lítico que predomina desde 1886, tanto en lo político como lo administrativo. Y lo más grave, desde la Constitución de esa fecha es la falsa descentralización expresada en la fórmula tan famosa como burlada que habrá centralización política y descentralización administrativa (...). El centralismo colombiano es tan absorbente que no perdona a ninguna entidad territorial. Sus víctimas predilectas son, desde luego, las regiones periféricas. A las cuales tradicionalmente succiona sus recursos más jugosos (...). Colombia está madura para adoptar constitucionalmente el principio de la autonomía regional. No solo porque se trata de un país de regiones, sino porque estas se encuentran estranguladas en su desarrollo por la violencia institucionalizada en el férreo centralismo que rige desde 1886”. *Gaceta Constitucional*, 20 de marzo de 1991, pp. 61-63.

⁴ *Ibidem*, 18 de marzo de 1991, p. 17. A propósito de lo manifestado por Carlos Holmes Trujillo.

⁵ *Ibidem*, 20 de marzo de 1991, p. 24.

⁶ Además, con el fin de darle alcance material a lo anterior, señaló como avance importante la institucionalización del concepto de autonomía en la Constitución y sintetizó las grandes decisiones adoptadas

Pues bien, el constituyente no simplemente se quedó allí en el artículo 1º, definiendo el modelo de Estado a adoptar, sino que debió haber integrado estos principios con otras normas constitucionales que le dieran alcance y eficacia a los mismos.

¿En qué consiste la autonomía territorial?

En vista de ello, en el título XI de la Carta (De la organización territorial) se estableció en qué consistía dicha autonomía. Así, el artículo 287 indica que “las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses”, sin desconocer los límites constitucionales y legales, dándoles facultad de gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan y administrar los recursos, establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales. Seguidamente, en el artículo 288, se prevé que una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial sea la encargada de definir la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.

Estas y otras normas caracterizan lo que desde el texto constitucional se pensó que sería una forma acertada de armonizar los principios arriba descritos: Estado unitario, descentralizado y con autonomía de sus entidades territoriales.

La jurisprudencia constitucional también ha jugado un papel fundamental⁷ en referencia a la incorporación de estos tres principios en la Carta Política, manifestando que la descentralización y la autonomía constituyen elementos fundamentales de la república unitaria, es decir, los dos primeros responden a éste último como una integración necesaria para lograr los objetivos planteados a lo largo de la Constitución en materia de ordenamiento territorial.

en el seno de la Asamblea frente al tema: “1. Darle a la descentralización un claro contenido autonómico. La relación que luego se hará de los artículos así lo confirma. 2. Definir en la propia Constitución ese régimen autonómico y sentar en ellas las bases para sus futuros desarrollos legislativos. Sin embargo, debe anotarse también que en materia de descentralización fiscal la Asamblea no procedió con la misma claridad y acierto porque no modificó el inequitativo reparto actual del ingreso público nacional entre los diferentes planes o niveles territoriales y administrativos (Nación, departamento y municipio). En algo, posiblemente mejorarán su condición los municipios. Los departamentos, por el contrario, pueden resultar perjudicados”.

⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-126 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Entonces, tal como se aprecia de lo señalado por los constituyentes al adoptar un modelo unitario, descentralizado y con autonomía de sus entes territoriales se buscaba atenuar la excesiva centralización del modelo unitario tradicional, estableciendo un sistema de distribución del poder.

3.2. El alcance que la Corte ha dado a los principios del ordenamiento territorial

Ahora bien, hasta aquí se han tocado elementos fundamentales señalados por los constituyentes frente a los principios de unidad, autonomía y descentralización. Entonces, partiendo de ello, es necesario establecer cómo ha entendido la Corte Constitucional estos postulados.

Cuando se ha referido al tema, la jurisprudencia ha sido constante frente al mismo, tanto así, que desde sus comienzos comparte y acoge lo manifestado por los constituyentes, al afirmar que la unidad nacional de Colombia ha estado en peligro “por las tensiones extremas a que se ha visto sometido el país, víctima de las violencias más disímiles pero concurrentes, y del absoluto marginamiento de extensas capas de la población así como del aislamiento de la provincia”.⁸

Teniendo en cuenta que una respuesta a este panorama puede representarse en el principio de unidad, en tanto es necesario para conservar la integridad nacional,⁹ y con base en las ideas del Constituyente, la Corte considera primordial para el Estado garantizar y fortalecer el concepto de unidad nacional, “sobre un territorio soberano, de acuerdo con sus decisiones internacionales, que sea cimiento de un pueblo autodeterminado, en un orden justo y pacífico, en miras al fortalecimiento del Estado nacional”.¹⁰

Así, puntualizando estas ideas, la Corte indica que el fortalecimiento del Estado unitario se traduce como “una organización centralizada a la cual le están subordinados los entes territoriales locales, bajo la limitante de la centralización política”,¹¹ expresión que se manifiesta en “unidad de mando supremo, unidad en todos los ramos de la legislación, unidad en la administración de

⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Arias López, Jaime, “Fines del Estado”, Ponencia para Primer Debate en Plenaria. Gaceta Constitucional No. 93, Bogotá D.E., sábado 8 de junio de 1991.

¹¹ Colombia, Corte Constitucional Sentencia C-126 de 1993, *Ibidem*. M.P.

justicia y, en general, unidad en todas las decisiones de carácter político que tienen vigencia para todo el espacio geográfico nacional”.¹²

Sin embargo, la unidad no puede, ni debe ser vista en forma individual pues, junto con los principios de autonomía y descentralización, configura los ejes fundamentales del ordenamiento territorial colombiano, tal como lo explicaré a continuación, dejando claro en primer lugar cuál es el concepto de estos últimos y partiendo de allí, cómo se relacionan los tres.

3.2.1. ¿Cuáles son los entes territoriales?

En primer lugar, la autonomía territorial, es un atributo de las entidades territoriales, tal como se desprende del artículo 1º constitucional, volviéndolas autónomas respecto de otros sujetos, como el Estado central. Esta entidades, como todos sabemos, las definió el propio Constituyente en el artículo 286, indicando que lo son los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

3.2.2. ¿Qué tipo de autonomía?

Esta autonomía, de la que gozan las entidades territoriales, se traduce en unos derechos que el propio constituyente estableció en el artículo 287 al señalar que pueden (i) gobernarse por autoridades propias, (ii) ejercer las competencias que les correspondan, (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y (iv) participar en las rentas nacionales.

Teniendo en cuenta lo anterior, la autonomía por cada ente territorial supone la facultad de regular y gestionar sus propios intereses, pero siempre dentro de los parámetros de un orden unificado, según lo manifestado por la jurisprudencia.¹³ Aquí ya observamos por qué se relacionan unidad y autonomía. La primera constituye un límite para la segunda. Entonces, si bien

¹² Colombia, Corte Constitucional Sentencia C-216 de 1994. En la misma sentencia aclara: “La centralización política no es otra cosa que una jerarquía constitucional reconocida dentro de la organización jurídica del Estado. Pero la centralización política no es incompatible con la descentralización administrativa, ni con la autonomía de las entidades regionales. Por el contrario, la tendencia en los Estados unitarios en el mundo contemporáneo ha sido la de vigorizar estos principios. La descentralización se ha entendido como la facultad que se le atribuye a determinadas entidades públicas para gobernarse por sí mismas, mediante el otorgamiento de funciones específicas que son ejercidas autónomamente”.

¹³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-517 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

cada entidad cuenta con la capacidad de ejercer los derechos descritos con anterioridad, debe respetar los parámetros establecidos por el principio de unidad, razón por la que algunos críticos hablan de una relación jerárquica entre estos dos principios, pero dicha percepción resulta errada al no existir prelación entre esta clase de normas, sino de una ponderación en razón al que tenga más prevalencia en el caso concreto en estudio.

Sobre el límite a dicha potestad de los entes territoriales por parte del principio unitario la Corte ha dicho que “de esa manera se afirman los intereses locales y se reconoce la supremacía de un ordenamiento superior con lo cual la autonomía de las entidades territoriales no se configura como poder soberano sino que se explica en un contexto unitario”.¹⁴

En concreto, y para capitalizar el tema, la autonomía territorial es un logro de la soberanía popular y una expresión de la democracia participativa,¹⁵ pues convoca a la ciudadanía a participar activamente sobre cuáles son las necesidades a satisfacer y la manera de hacerlo, así, a través de la autonomía, la comunidad puede elegir una opción distinta a la del poder central, “ya que la satisfacción de intereses propios requiere la posibilidad de que existan en cada localidad opciones políticas diferentes, sin que con ello se atente contra el principio de unidad, pues cada entidad hace parte de un todo que reconoce la diversidad”.^{16,17}

¹⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 1992, M.P. *Ibidem*.

¹⁵ Como consecuencia de lo anterior, se puede afirmar que la fuerza argumentativa en favor de la autonomía a cualquier nivel territorial, se encuentra en el principio democrático, pues si existe un hecho sobre el cual no cabe la menor duda, es que “las autoridades locales son las que mejor conocen la necesidades a satisfacer, las que están en contacto más íntimo con la comunidad y, sobre todo, las que tienen en últimas el interés, así sea político, de solucionar los problemas locales” (Sentencia C-636 de 1996).

¹⁶ Sentencia C-636 del 1996.

¹⁷ Finalmente, la sentencia precisa el alcance constitucional de los principios de descentralización y autonomía en la siguiente forma: “En lo que se refiere a la “descentralización”, es preciso no perder de vista que Colombia es hoy un Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria, *descentralizada* (C.N., art. 1o.). En desarrollo de estas características que hacen parte de la esencia misma del Estado, se dispone que los servicios de salud se organizarán de manera *descentralizada* (C.N., art. 49o.); que la función administrativa debe desarrollarse mediante la descentralización (C.N., art. 209); que las entidades del orden nacional *descentralizadas* por servicios solo pueden ser creadas por ley o por autorización de esta (C.N., art. 210). La descentralización aparece también en forma implícita en la autorización para crear divisiones del territorio distintas a la denominada general, para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo del Estado (C.N., art. 285). De otra parte, la Ley Orgánica del Presupuesto deberá regular lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución del

Finalmente, en cuanto a la descentralización, esta es un prerequisite para la autonomía.

Recordemos que, de acuerdo con la Constitución de 1991, las entidades territoriales “gozan de autonomía para la gestión de sus intereses y dentro de los límites de la Constitución y de la ley”, con lo que queda claro el contenido de la autonomía. Lo que el artículo 287 plantea después es una relación estrecha entre el principio de autonomía y descentralización. En este contexto, para el ejercicio de la autonomía las entidades territoriales deben gobernarse por autoridades propias y atributos ya vistos. Así, estos elementos, sin los cuales no sería posible la autonomía, son la manifestación de la descentralización en Colombia.

En este sentido, la descentralización supone aumentar el poder, la autonomía de decisión, las responsabilidades y las competencias de las colectividades locales. Por tanto, esta mayor libertad otorgada a las instancias territoriales en la toma de decisiones en los asuntos que les conciernen tiene por objeto lograr atender las demandas reales de la población, en aras de lograr una mayor eficiencia en el manejo de los asuntos públicos.

Teniendo en cuenta lo anterior podemos concluir que la descentralización tiene como finalidad (i) descongestionar la administración por parte del gobierno central, (ii) acercar la administración a los ciudadanos, (iii) mejorar la administración pública, (iv) ejercer un mejor control sobre el territorio e (vi) impulsar un desarrollo territorial equilibrado.

En suma, para una mayor comprensión de la interrelación de los principios antes descritos, un panorama general del contenido y alcance de ellos, puede ser representado así:

presupuesto de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo (C.N. art. 352). Así también, la Carta prohíbe descentralizar responsabilidades sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas (C.N. art. 356). Tales entes podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas (C.N. art. 368). (...) Por cuanto respecta a la ‘autonomía’, ella aparece inicialmente consagrada como característica esencial tanto de las entidades territoriales que conforman el Estado colombiano (C.N. art. 1o.) como del organismo de derecho público a cuyo cargo estará la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión (C.N., arts. 76 y 77), de los órganos creados para el cumplimiento de algunas funciones estatales (C.N., art. 113), de las Corporaciones Autónomas Regionales (C.N., art. 150-7) y de la administración de justicia (C.N. art. 228)” (Énfasis fuera de texto).

Principios del ordenamiento territorial en Colombia

Estado Unitario	Descentralización	Autonomía de las entidades territoriales
<ul style="list-style-type: none"> • Unidad de mando supremo. • Unidad en todos los ramos de la legislación. • Unidad en la administración de justicia. • Unidad en toda decisión política con vigencia en todo el territorio nacional. 	<p><u>A nivel departamental:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Ejercer la vigilancia, y supervisión de la educación en su jurisdicción. • Asegurar que se preste a los habitantes de los distritos o municipios no certificados, los servicios de agua potable y saneamiento básico. <p><u>A nivel municipal:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad. • Vigilar en su jurisdicción, la calidad del agua para consumo humano; la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Gobernarse por autoridades propias. • Designar sus propios órganos directivos. • Administración independiente de recursos propios. • Derecho a participar en los ingresos generales de la Nación. • Posibilidad de establecer sus propios recursos.

Fuente: Elaboración propia.

En conclusión, cabe destacar lo indicado por la jurisprudencia, señalando la relación de interdependencia entre la descentralización y la autonomía, sin llegar a ser sinónimos, pues “responden a ópticas diferentes: Mientras la descentralización busca una mayor libertad de las instancias periféricas —territoriales y funcionales— en la toma de sus decisiones y, como consecuencia de ello, una mayor eficiencia en el manejo de la cosa pública, la autonomía encauza sus propósitos hacia la mayor libertad de los asociados en aras de un mayor bienestar y control de sus propios intereses”.¹⁸

En este sentido, descentralización y autonomía, si bien tienen puntos de vista diferentes, resultan ser interdependientes y portadores de facetas y momentos de un mismo proceso en la ampliación de la libertad en su acepción territorial.

¹⁸ Colombia, Corte Constitucional C-478 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3.3. Articulación entre los principios de Estado unitario y autonomía territorial

La Corte ha identificado cuáles son las normas constitucionales que a lo largo de la Carta Política buscan desarrollar el principio de autonomía y unidad. Es por ello que en desarrollo de su jurisprudencia ha considerado necesario establecer un equilibrio entre ellos, ya no solo concibiendo al Estado unitario como límite sino mediante un sistema de limitaciones recíprocas. No obstante, el alto Tribunal no duda en reconocer el principio unitario como un principio superior del ordenamiento que se superpone al de autonomía territorial, tal como lo había mencionado con anterioridad.

La propia Corte Constitucional ha señalado que estos dos principios no son incompatibles y por lo tanto se pueden cohesionar y armonizar. Al respecto, ha desatado dicha tensión manifestando lo dicho en apartes anteriores, esto es, que el concepto de autonomía implicaba un cambio sustancial en las relaciones centro-periferia y que en cualquier situación debe ser entendido dentro del marco general de Estado unitario.¹⁹

En síntesis, la uniformidad de la jurisprudencia frente a dicha tensión, cuya idea principal señala que el principio de unidad contiene al de autonomía territorial y que, por tanto, estos no son incompatibles pues los intereses locales deben responder a los locales, puede condensarse en los las siguientes afirmaciones:

- Es la ley a quien corresponderá definir y defender los intereses nacionales y para ello puede intervenir en los asuntos locales, siempre que no se trate de materias de competencia exclusiva de las entidades territoriales.
- La finalidad es armonizar los distintos intereses y no simplemente delimitarlos y separarlos. Debido a ello, generalmente las competencias que se ejercen en los distintos niveles territoriales no son excluyentes. Por el contrario, dichas competencias, como lo señala la propia Constitución, deben ejercerse dentro de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.²⁰

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Con la Sentencia C-535 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte concreta un poco más el tema al manifestar: “El artículo 1º de la Carta introduce el concepto de autonomía de las enti-

- Los principios de autonomía y unidad no son contradictorios, sino que guardan armonía, pues, como lo señala el artículo 287 C.N., la autonomía debe entenderse como la capacidad de que gozan las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, teniendo como límite la Constitución y la ley.
- Por lo anterior, la autonomía no significa poder soberano, sino que hace parte y se entiende dentro de un contexto unitario.
- El equilibrio entre los dos principios se debe manifestar mediante limitaciones recíprocas.

Finalmente, al referirse a esta reciprocidad, la Corte señaló que “la unidad nacional prevalece de conformidad con lo dispuesto en la Carta Política al establecer que la autonomía debe desarrollarse dentro de los límites previstos por la Constitución y la ley, la reglamentación debe respetar, a su vez, el contenido esencial de la autonomía territorial”.²¹

Así mismo, debido a la prevalencia del principio unitario, es el Legislativo, como órgano nacional, el responsable de la definición del alcance o los grados de autonomía de las entidades territoriales. Y, aunque la misma Constitución Política establece un límite mínimo en su configuración normativa, ya desde el año 1993 el Tribunal Constitucional dejaba clara la condición de subordinación de los entes regionales y locales,²² bajo la limitante de la centralización política, lo que dio vía libre a la ley para intervenir en los asuntos locales, en su tarea de definir y defender los intereses nacionales, eso sí, siempre que no se trate de materias competencia exclusiva de las entidades territoriales.²³

dades territoriales como elemento integrante de una República unitaria y descentralizada. La unidad así expresada no puede entonces confundirse con centralismo y hegemonía pues la forma unitaria de Estado no choca con el reconocimiento de la diversidad territorial, que se expresa en la consagración de la autonomía local (...). Los principios de unidad y autonomía no se contradicen, sino que deben ser armonizados, pues como bien lo señala el artículo 287 superior, la autonomía debe entenderse como la capacidad de que gozan las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley”.

²¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-600A de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-126 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²³ Colombia, Corte Constitucional Sentencia C-004 de 1993.

4. La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Loot), Ley 1454 de 2011: un proceso en construcción

4.1. Las materias que el Constituyente encomendó al legislador estatutario

El Constituyente de 1991 le apostó a un sistema territorial en el que la Constitución solo establecería unas directrices básicas de configuración, bajo los principios de unidad, descentralización y autonomía, fincando en la ley orgánica territorial la esperanza de completar la arquitectura de la organización. Es por ello que la Carta ordenó que los cimientos de la organización territorial colombiana fuesen desarrollados por el legislador orgánico. Entre estas materias encontramos:

- La asignación de competencias normativas a las entidades territoriales (CP art. 151).
- La distribución general de competencias entre la Nación y las entidades territoriales (CP art. 288).
- Los requisitos para la formación de nuevos departamentos (CP art. 297).
- Las condiciones para solicitar la conversión de una Región en entidad territorial (CP art. 307).
- Los principios para la adopción del estatuto especial de cada región, así como las atribuciones, los órganos de administración y los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías (CP art. 307).
- El régimen administrativo y fiscal especial de las áreas metropolitanas, así como los mecanismos que garanticen la adecuada participación de las autoridades municipales en los órganos de administración de estas áreas (CP art. 319).
- Igualmente, la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de los municipios a las áreas metropolitanas (CP art. 319).
- Las condiciones para la conformación de entidades territoriales indígenas (CP art. 329).

Los alcances de esta reserva de ley orgánica han sido sentados desde los albores de esta Corte Constitucional. Así, en la Sentencia C-061 de 1993, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, que estudió la constitucionalidad de una disposición de la Ley 5 de 1994, que delegaba al Congreso en pleno la facultad de creación de las entidades territoriales, la Corte reiteró que tal materia era propia de la ley orgánica. Sobre el particular dispuso:

La formación de nuevos Departamentos corresponde a una materia expresamente atribuida al Congreso, cuyo ejercicio no puede realizarse sin que el órgano despliegue una típica actividad legislativa que, además de surtir todo el procedimiento consagrado en la Constitución para que un determinado proyecto pueda convertirse en ley, habrá de sujetarse a los dictados de la Ley Orgánica sobre Ordenamiento Territorial, además de la verificación de los procedimientos, estudios y consulta popular dispuestos por la Carta.

En la Sentencia C-423 de 1994, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, al señalar que el establecimiento de tributos no requería ser tramitado a través de ley orgánica, la Corporación reiteró:

Esta legislación orgánica toca con la estructura territorial y la organización de los poderes públicos en función del territorio, por lo cual, en principio, deben formar parte de ella la definición de las condiciones y requisitos de existencia de las entidades territoriales y de ciertas divisiones administrativas del territorio, así como su régimen jurídico básico (C.P. arts. 1o., 150-4, 297, 306, 307, 319, 321 y 329). Igualmente deben hacer parte de esta legislación ciertos mecanismos de participación relacionados con el ordenamiento territorial, como, por ejemplo aquellos que decidan la incorporación y pertenencia a una división o a una entidad territorial (C.P. art. 105, 297, 307, 319 y 321). Y, finalmente, corresponde a la legislación orgánica territorial asignar las competencias normativas y no normativas a las entidades territoriales, y establecer la distribución de competencias entre la Nación y estas entidades, lo cual supone el establecimiento de ciertos mecanismos para dirimir los conflictos de competencia que se puedan presentar (C.P. arts. 151 y 288).

Posteriormente, las Sentencias C-579 de 2001, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett; C-244 de 2001, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, C-920 de 2001, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil; C-093 de 2001, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis; C-723 de 2004, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería; C-313 de 2009, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo y C-077 de 2012, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo, establecieron las siguientes subreglas en materia de reserva orgánica:

- (i) La Constitución no trata de manera clara en un solo artículo o capítulo el contenido general de la legislación orgánica territorial, sino que varias disposiciones situadas en diferentes títulos de la Carta aluden a ella.
- (ii) La Carta no es sistemática en la definición del contenido del ordenamiento orgánico territorial, puesto que los temas son bastante diversos.
- (iii) Una interpretación literal y restrictiva del texto constitucional, según la cual solo correspondería a este tipo de legislación aquello expresamente señalado por estos artículos de la Carta, conduce a ciertas ambigüedades e inconsistencias. En consecuencia, cuando el legislador regule el núcleo esencial de la autonomía debe hacerlo a través de ley orgánica.
- (iv) Por ello, la determinación del contenido general de esta legislación requiere de una interpretación sistemática y finalística, esto es, una hermenéutica que ligue aquellos artículos que expresamente hablan de legislación orgánica de ordenamiento territorial con los principios constitutivos del Estado colombiano.²⁴

²⁴ C-077 de 2012, C-313 de 2009, C-723 de 2004, C-093 de 2002, C-920 de 2001, C-244 de 2001, C-579 de 2001. Específicamente, ha señalado la Corporación: “14- Esa finalidad de la legislación orgánica territorial explica entonces los grandes temas que aparecen asociados a esa legislación especial, y que, de manera muy general, son: de un lado, esta legislación orgánica toca con la estructura territorial y la organización de los poderes públicos en función del territorio, por lo cual, en principio, deben formar parte de ella la definición de las condiciones y requisitos de existencia de las entidades territoriales y de ciertas divisiones administrativas del territorio, así como su régimen jurídico básico (CP arts 1º, 150 ord 4º, 297, 306, 307, 319, 321 y 329). Igualmente deben hacer parte de esta legislación ciertos mecanismos de participación relacionados con el ordenamiento territorial, como, por ejemplo, aquellos que decidan la incorporación y pertenencia a una división o a una entidad territorial (CP arts 105, 297, 307, 319, 321). Y, finalmente, corresponde a la legislación orgánica territorial asignar las competencias normativas y no

4.2. Algunas opiniones sobre la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial

Las críticas a la reciente ley orgánica no se han hecho esperar. Así por ejemplo, la profesora Liliana Estupiñán señala: “La LOOT ha fracasado, por lo menos esa que se avizó durante los años siguientes al proceso constitucional de 1991, es decir, una normativa que hubiese culminado la arquitectura incompleta y difusa del Constituyente en material territorial. De una LOOT extensa en contenidos pasamos a una propuesta marco de principios.” De igual manera de manera tajante concluye “Definitivamente, constituye un alejamiento de las propuestas iniciales y de la arquitectura territorial diseñada por el Constituyente de 1991”.²⁵

Otras críticas han estado encaminadas a que la nueva ley no responde a las expectativas porque deja intacta la estructura departamental y no permite consolidar regiones como entidades territoriales.²⁶ Es por esta última razón que el voto caribe luchó hasta el final por la consolidación de las regiones, en función de los multidiversos procesos culturales y de identidad allí existentes.

Así, con las ideas de Fals Borda a la cabeza, la Costa Caribe defendió con ahínco el desarrollo de la región en la nueva ley orgánica de ordenamiento territorial. Es este el momento para recordar a ese académico barranquillero que defendió en sus obras como *La insurgencia de las provincias* o *La Nueva República Regional*, que el proceso de:

(...) regionalización es absolutamente necesario a efectos de lograr cristalizar el modelo de descentralización y autonomía requeridos para superar el excesivo centralismo que, de ordinario, le ha imprimido la política colombiana a sus propias dinámicas; y de otro lado, que lo que debe abordarse y resolverse es la articulación y distribución

normativas a las entidades territoriales y establecer la distribución de competencias entre la Nación y estas entidades, lo cual supone el establecimiento de ciertos mecanismos para dirimir los conflictos de competencia que se puedan presentar (CP arts. 151 y 288).” (Sentencia C-795 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

²⁵ En Estupiñán Achury, Liliana. *Desequilibrios territoriales*. Doctrina y Ley, Editorial Universidad del Rosario. 2012, p. 297.

²⁶ González, Jorge Iván “La frágil ley de ordenamiento territorial”, en *Cien días vistos por CINEP/PPP No 73*, en <http://www.razonpublica.com/index.php/recomendado/2034-la-ley-organica-de-ordenamiento-territorial-loot-una-causa-perdida-para-la-autonomia-regional-.html>

de las competencias entre los distintos niveles de la administración, de suerte que se preserven éstas a cabalidad y, por ende, se cumplan plenamente los postulados insertos en los principios de concurrencia, subsidiariedad y coordinación.²⁷

Así, los medios de comunicación alabaron el papel de la costa caribe en el debate del modelo territorial colombiano en los siguientes términos:²⁸

Con razón entonces, es de alabar el loable y denodado esfuerzo de los ciudadanos de la costa Caribe por expresarse tan lúcida y fervientemente ante la sociedad colombiana, recordándonos a todos la importancia de pronunciarse y dejar en claro un interés prevalente por la cosa pública a través de los mecanismos de participación estatuidos en nuestra democracia. Pero también, principalmente, por querer atribuirle a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial un potencial renovador y de cambio territorial que hasta ahora muy difícilmente puede concedérsele.

4.3. Contenido principalista de la nueva Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial

La nueva Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, LOOT, es en realidad una ley principalista que no agota la regulación de los ejes esenciales del ordenamiento territorial. La normatividad tiene un carácter general y flexible y ha sido criticada por pecar de ser una ley que ordena que otras leyes legislen lo que esta debió haber legislado.²⁹

Esta generalidad se observa desde los artículos 1 y 2 que indican que la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, LOOT, “Constituye un marco

²⁷ Fals Borda, Orlando, Foro Javeriano, en <http://forojaveriano.blogspot.com/2012/03/la-loot-nueva-frustracion-de-la-region.html>

²⁸ Jaimes Infante, Oscar, “La frágil Ley de Ordenamiento Territorial”, en *El frente, Colombia*, en <http://elfrente.com.co/index.php/opiniones/columnistas/item/3501-la-fr%C3%A1gil-ley-de-ordenamiento-territorial>.

²⁹ Lerma Carreño, Carlos Alberto, “La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Loot): una causa perdida para la autonomía regional”, en Razón Pública, Colombia, 2011, en <http://www.razon-publica.com/index.php/recomendado/2034-la-ley-organica-de-ordenamiento-territorial-loot-una-causa-perdida-para-la-autonomia-regional-.html>

normativo general de principios rectores, que deben ser desarrollados y aplicados por el legislador en cada materia específica, para los departamentos, municipios, entidades territoriales indígenas y demás normas que afecten, reformen o modifiquen la organización político administrativa del Estado en el territorio”. Es por ello que se establece una serie de principios del ordenamiento territorial relacionados con autonomía, descentralización, integración entre entidades territoriales, las regiones y la conciliación de estos con la sostenibilidad fiscal.

En este orden de ideas se difieren los siguientes asuntos:

1. Se ordena que en otras leyes se promueva una mayor delegación de funciones y competencias del nivel nacional hacia el orden territorial, la eliminación de duplicidades de competencias entre la administración central y descentralizada y los entes territoriales, el fortalecimiento de las Regiones de Planeación y Gestión y las Regiones Administrativas y de Planificación, el fortalecimiento del departamento como nivel intermedio de gobierno, el fortalecimiento del municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado, la acción conjunta y articulada de los diferentes niveles de gobierno a través de alianzas, asociaciones y convenios de delegación, el diseño de modalidades regionales de administración para el desarrollo de proyectos especiales y el incremento de la productividad y la modernización de la administración municipal (art. 21).
2. Se difiere a otra ley la creación de diferentes regímenes especiales y diferenciados para la gestión en cada departamento, bajo el reconocimiento de la lógica y fortalezas específicas de cada territorio (art. 22).
3. Se difiere a otra ley las condiciones para la creación de nuevos departamentos.
4. En esta misma línea, se dispone que las categorías de los municipios se establecerán por ley conforme a la población, recursos, geografía e importancia económica (art. 24).
5. Se difiere a otra ley la conversión de la región en entidades territoriales (art. 36).
6. Se difiere la expedición del régimen especial para los departamentos, la reforma del régimen municipal orientada por las prescripciones del

artículo 320 de la Constitución Política y la reforma de la legislación en materia de áreas metropolitanas.

7. Se remite a otra ley la regulación de las entidades territoriales indígenas, que deberá ser presentada por el Gobierno Nacional (art. 37).
8. Se ordena al Ejecutivo que presente un proyecto de ley que reglamente la forma de resolver los conflictos de competencias entre las entidades territoriales y la Nación (art. 39).
9. En materia de asignación de competencias, la LOOT establece principios, lineamientos, directrices y orientaciones generales para la nación, departamentos, distritos especiales y municipios, de cómo debe ser esta distribución; sin embargo, no se establece propiamente una asignación de competencias de forma específica a cada nivel de gobierno (art 29).³⁰

4.4. Innovaciones de la nueva Ley Orgánica

Afianzamiento de las formas asociativas de las entidades territoriales

La Ley 1454 de 2011 afianza el concepto de Estado unitario y, más que crear nuevas entidades territoriales como la región, regula la asociación de las ya existentes con el objeto de prestar servicios públicos en forma conjunta. Es decir, su objetivo es más económico que político. En efecto, la norma no afianza los procesos de gestión política, sino que busca es asociar a las diferentes entidades territoriales con fines económicos.³¹

³⁰ González, Jorge Iván, “La frágil Ley de ordenamiento territorial”, en *Congreso Visible*, Colombia, 2011, en <http://www.congresovisible.org/agora/blog-del-cineprograma-por-la-paz/361/>

³¹ Departamento Nacional de Planeación, “Ley de Ordenamiento Territorial busca elevar la competitividad”, Boletín de Prensa, en <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=Nj0Ac7auebg%3D&tabid=1246> En la presentación de la Ley Orgánica por parte del entonces Ministro del Interior se afianza este concepto: De otra parte, la Ley promueve alianzas estratégicas de entidades territoriales que generen economías de escala y proyectos productivos, eviten duplicidad de tareas y esfuerzos aislados de territorios muy próximos en sus condiciones, al tiempo que, en desarrollo del principio constitucional de diversificación de competencias, consagrado en los artículos 302 y 320 de la Constitución, permite asignar a cada tipo de departamento o municipio competencias especiales, diferenciadas y que potencien sus ventajas comparativas (turismo, agroindustria, minería, etc.). Esta Ley es el marco general del nuevo modelo de desarrollo territorial, que persigue el crecimiento socioeconómico equitativo de las regiones del país para beneficio de todas sus entidades territoriales, en los términos del buen gobierno, que implica equidad a la hora de distribuir los recursos, la más absoluta transparencia, concurrencia del nivel nacional con las entidades territoriales, esfuerzo fiscal, más inversión y menos gasto.

Dentro de las innovaciones es de resaltar que la LOOT crea la Comisión de Ordenamiento Territorial, COT, cuyo objetivo es asesorar al Gobierno Nacional y a las Comisiones Especiales de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial del Senado de la República y de la Cámara de Representantes en la definición de políticas y desarrollos legislativos relativos a la organización territorial del Estado. Desde esta norma empieza a vislumbrarse la tendencia centralista de la ley. En efecto, dicha Comisión solo está compuesta por representantes del orden nacional, sin que exista ninguna representación de las entidades territoriales. Los representantes son:

1. El Ministro del Interior o su delegado, quien la presidirá.
2. El Ministro del Medio Ambiente o su delegado.
3. El Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) o su delegado.
4. Un delegado de las CAR.
5. Un experto de reconocida experiencia en la materia designado por el Gobierno Nacional.
6. Un experto de reconocida experiencia en la materia designado por cada una de las Cámaras Legislativas, previa postulación que hagan las respectivas Comisiones Especiales de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial.
7. Dos expertos académicos especializados en el tema designado por el sector académico.

De igual manera, a pesar de que se crean estas mismas comisiones en el ámbito regional, no se especifica de qué manera se dará su interrelación en la toma de decisiones. En efecto, el artículo 8 dispone que se faculta a las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales para que, mediante ordenanzas y acuerdos, creen la Comisión Regional de Ordenamiento Territorial que dentro de su jurisdicción se establezcan, que orientarán las acciones en esta materia y participarán en la elaboración del proyecto estratégico regional de ordenamiento territorial, acorde con los lineamientos generales establecidos por la COT. Estas comisiones estarán integradas por:

1. El Gobernador, o su delegado, quien la presidirá.
2. El Secretario de Ambiente y Desarrollo Rural, o la instancia similar, o su delegado.
3. El Director Departamental del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), o su delegado.
4. El Director de la CAR respectiva, o su delegado.
5. Un experto de reconocida experiencia en la materia designado por el Gobierno Departamental.

Cabe señalar además, que la LOOT crea esencialmente procesos asociativos entre entidades territoriales, pero no establece nuevas entidades territoriales.³² El artículo 9 señala expresamente que “El Estado promoverá procesos asociativos entre entidades territoriales para la libre y voluntaria conformación de alianzas estratégicas que impulsen el desarrollo autónomo y autosostenible de las comunidades.”

Específicamente, la LOOT crea diversos tipos de esquemas asociativos:

- Asociaciones de municipios, de áreas metropolitanas, de distritos especiales y de departamentos: La LOOT señala que estas entidades podrán asociarse administrativa y políticamente para organizar en conjunto la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras de ámbito regional y el cumplimiento de funciones administrativas propias, mediante convenio o contrato-plan.
- Provincias administrativas y de planificación. Dos o más municipios geográficamente contiguos de un mismo departamento podrán constituirse mediante ordenanza en una provincia administrativa y de planificación por solicitud de los alcaldes municipales, los gobernadores o del diez por ciento (10%) de los ciudadanos que componen el censo electoral de los respectivos municipios, con el propósito de organizar conjuntamente la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras de ámbito regional y la ejecución de proyectos de desarrollo integral, así como la gestión ambiental.
- Contratos o convenios plan: La Nación podrá contratar o convenir con las entidades territoriales, con las asociaciones de entidades territoriales y con las áreas metropolitanas, la ejecución asociada de proyectos estratégicos de desarrollo territorial. En los contratos plan que celebren las partes se establecerán los aportes que harán, así como las fuentes de financiación respectivas.
- Regiones de planeación y gestión. Para los efectos previstos en esta ley, se consideran regiones de planeación y gestión las instancias de asociación de entidades territoriales que permitan promover y aplicar

³² [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110630_05_\(entes_territoriales_podran_asociarse_para_mejorar_su_capacidad_de_gestion_\)/noti-110630-05_\(entes_territoriales_podran_asociarse_para_mejorar_su_capacidad_de_gestion_\).asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110630_05_(entes_territoriales_podran_asociarse_para_mejorar_su_capacidad_de_gestion_)/noti-110630-05_(entes_territoriales_podran_asociarse_para_mejorar_su_capacidad_de_gestion_).asp)

de manera armónica y sostenible los principios de complementariedad, concurrencia y subsidiariedad en el desarrollo y ejecución de las competencias asignadas a las entidades territoriales por la Constitución y la ley. Las asociaciones entre entidades territoriales podrán conformar libremente entre sí diversas regiones de planeación y gestión, podrán actuar como bancos de proyectos de inversión estratégicos de impacto regional durante el tiempo de desarrollo y ejecución de los mismos.

- **Región administrativa y de planificación.** Las entidades conformadas por dos o más departamentos, con personería jurídica, autonomía financiera y patrimonio propio, cuya finalidad está orientada al desarrollo regional, la inversión y la competitividad, en los términos previstos en el artículo 306 de la Constitución Política y en el marco de los principios consagrados en la presente ley, enfatizando la gradualidad, flexibilidad y responsabilidad fiscal.

En cuanto a la naturaleza de los esquemas asociativos, la LOOT consagra que son entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman. Las asociaciones de departamentos podrán constituirse en regiones administrativas y de planificación, previa autorización de sus asambleas departamentales.

El artículo 36 regula en forma muy incipiente la región como entidad territorial difiriendo a una futura ley su regulación. La disposición establece:

De la Región Territorial. De conformidad con el artículo 307 de la Constitución Política la Región Administrativa y de Planificación podrá transformarse en Región Entidad Territorial, de acuerdo con las condiciones que fije la ley que para el efecto expida el Congreso de la República.

En cuanto a la financiación de estas nuevas formas asociativas, la LOOT consagra que se financiará con cargo a los recursos o aportes que las respectivas entidades territoriales que la conformen destinen para ello y los incentivos que defina el Gobierno Nacional, de conformidad con los indicadores de sostenibilidad fiscal de la Ley 617 de 2000 para los departamentos que las conformen.

Se concluye que la asignación de competencias territoriales sigue inconcluso. En efecto, no se reguló el tema de la asignación específica de competencias normativas, ni la conversión de la región en una entidad territorial —tema por el que tanto luchó el voto caribe—, tampoco se desarrollan los principios para la adopción del estatuto especial para cada uno de ellas, tampoco regula el tema de las entidades territoriales indígenas.

4.5. La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial privilegia las competencias nacionales

El artículo 29 de la LOOT enumera las competencias de los diferentes niveles de las entidades territoriales, dando preferencia a las nacionales, especialmente en materia de manejo ambiental y de megaproyectos.

En este orden de ideas, encabezando el artículo el ordinal a) del numeral primero señala que es competencia de la Nación: “Establecer la política general de ordenamiento del territorio en los asuntos de interés nacional: áreas de parques nacionales y áreas protegidas”. Continúa su enunciación disponiendo que es del orden nacional la localización de grandes proyectos de infraestructura, la determinación de áreas limitadas en uso por seguridad y defensa, los lineamientos del proceso de urbanización y el sistema de ciudades, los lineamientos y criterios para garantizar la equitativa distribución de los servicios públicos e infraestructura social de forma equilibrada en las regiones, la conservación y protección de áreas de importancia histórica y cultural, así como definir los principios de economía y buen gobierno mínimos que deberán cumplir los departamentos, los distritos, los municipios, las áreas metropolitanas y cualquiera de las diferentes alternativas de asociación, contratos o convenios plan o delegaciones previstas en la presente ley.

Este corte centralista ha sido criticado. Así, por ejemplo, el ex gobernador del Atlántico Eduardo Verano de la Rosa dijo que:

Desafortunadamente la Ley orgánica de Ordenamiento Territorial es una Ley mocha, no permite la aparición de la autonomía regional, y que es centralista. Queremos insistir en los proyectos que tienen impacto a nivel regional y ese impacto sin duda lo da el turismo, las vías transversales, los programas ambientales de la Sierra Nevada, los planes de recuperación de la Mojana, en fin, yo creo que tenemos que tener un criterio totalmente regional en este ejercicio con el Ministerio de Hacienda y con todo lo que tiene que ver con el montaje del

sistema de regalías, para atender los requerimientos del desarrollo territorial regional.³³

Se concluye entonces que la LOOT no se constituye en un estatuto que agote la materia estatutaria en relación con el ordenamiento territorial. El Parlamento sigue con varias tareas pendientes, especialmente una normatividad que desarrolle los derechos y facultades propias de las localidades, contenidas en la esfera de la autonomía territorial y que haga frente a los retos actuales de la autonomía en el marco de un Estado Unitario. De igual manera, continua el gran vacío de la creación de la región como entidad territorial.

5. Cambios del sistema de reparto de regalías

El Acto Legislativo 05 de 2011 introdujo un cambio significativo en el sistema de reparto de regalías que afecta los recursos de inversión social de las entidades territoriales y su autonomía para destinarlos a sus propias prioridades de desarrollo.

5.1. Contenido del acto legislativo

El acto legislativo regula de manera detallada asuntos como el sistema y porcentaje de reparto de las regalías, la tasa de incremento de las asignaciones directas y de los Fondos de Desarrollo Regional y Compensación Regional, los órganos que precisarán los proyectos regionales prioritarios a ser financiados y el funcionamiento del sistema para el control del uso de las regalías.

5.2. Principales cambios del Acto Legislativo 05 de 2011 y de la Ley 1530 de 2012

Reducción de las regalías destinadas a inversión social regional

Las regalías han sido definidas por la jurisprudencia constitucional como un precio a favor del Estado pagado como contraprestación por la explotación

³³ Verano de la Rosa, Eduardo, “La nueva Ley de Ordenamiento Territorial es centralista”, en *El Informador*, Colombia, 2011, en http://www.elinformador.com.co/index.php?option=com_content&view=article&id=18413:la-nueva-ley-de-ordenamiento-territorial-es-centralista-gobernador-eduardo-verano&catid=81:distrto&Itemid=458 <http://descentralizacioncolombia.wordpress.com/2012/03/05/4-1-la-ley-organica-de-ordenamiento-territorial-y-la-nueva-ley-de-regalias/>

de recursos naturales no renovables.³⁴ Teniendo en cuenta que según el artículo 360 de la Constitución, las entidades territoriales solamente tienen un derecho a participar en las regalías, la jurisprudencia constitucional ha clasificado esta fuente de recursos como de origen exógeno y por ello ha avalado una intervención mayor del legislador en la fijación de su destino, siempre y cuando —por lo menos hasta la expedición del Acto Legislativo 05 de 2011— sea dentro del rubro de inversión social y de conformidad con los destinos fijados por la propia Carta.³⁵

En efecto, bajo la vigencia del texto original de los artículos 360 y 361 de la Constitución, las regalías se dividían en directas e indirectas: las primeras

³⁴ En la Sentencia C-402 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, la Corte explicó: “esta Corporación ha calificado la naturaleza jurídica de las regalías como una contraprestación económica que recibe la Nación por la explotación de un recurso natural no renovable, que se extingue con el tiempo y que debe generar por ello beneficios sustitutivos, los cuales pueden ser administrados directamente por la Nación o a través de las empresas industriales o comerciales del Estado, titulares de los aportes donde se encuentren las minas. Por lo tanto, las regalías constituyen un beneficio económico para la Nación y los entes territoriales, como quiera que con tales ingresos fiscales se atienden objetivos sociales y diversos cometidos estatales.”

³⁵ Ver Sentencias C-567 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz; C-402 de 1998, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz; C-447 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-299 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz; C-207 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-1160 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz; C-978 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-427 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-509 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo, entre otras. En la Sentencia C-447 de 1998 la Corte afirmó: “Concordante con este criterio, la Corte había expresado en sentencia anterior al declarar la exequibilidad de una norma similar a la acusada, que ‘la regalía de que se hace partícipes a los departamentos y municipios, producto de la explotación de los recursos naturales no renovables, no es ningún bien o derecho que quede comprendido bajo alguna de aquellas categorías de recursos de propiedad exclusiva de las mencionadas entidades territoriales y, obviamente, no está sometida a los privilegios que establece la Carta Política en favor de su intangibilidad en materia de administración, según lo dispuesto en el artículo 362 y, por ello, bien pueden ser objeto de una regulación indicativa de orientación legislativa de las competencias de las entidades administrativas de origen popular, para efectos de promover la actividad reguladora de las mencionadas entidades del orden territorial que haya pleno fundamento constitucional en el inciso tercero del artículo 298 de la Constitución en concordancia con los incisos 1o. y 11 del artículo 300 para los departamentos y en los artículos 311 y 313 numerales 1o. y 10 para los municipios. (...) las regalías, se repite, no son recursos que pertenecen a las entidades territoriales sino rentas nacionales de propiedad del Estado sobre las cuales el Constituyente ha instituido un derecho de participación en favor de las entidades territoriales y, por tanto, bien puede el legislador establecer la destinación de los recursos que correspondan a los municipios respectivos. Distinto sería que se tratara de recursos propios del municipio, es decir, de aquéllos que provienen de fuentes endógenas de financiación, pues en este caso no podría la ley, en principio, determinar los programas o planes en los que deban utilizarse porque tal función es de la exclusiva competencia de los departamentos o municipios a quienes corresponde administrarlos autónomamente”.

—directas— se trasladaban de forma directa a las entidades territoriales productoras y transportadoras,³⁶ quienes debían emplearlas en proyectos prioritarios de orden social según sus planes de desarrollo. En particular, a nivel departamental, las regalías directas debían invertirse en labores dirigidas a alcanzar coberturas mínimas en indicadores de mortalidad infantil, cobertura básica de salud y educación, agua potable y alcantarillado³⁷ y en proyectos de nutrición y seguridad alimentaria,³⁸ mientras a nivel municipal debían destinarse a proyectos de saneamiento ambiental, de construcción y ampliación de la estructura de los servicios de salud, educación, electricidad, agua potable, alcantarillado y demás servicios públicos básicos esenciales;³⁹ de construcción, mantenimiento y mejoramiento de la red terciaria, de nutrición y seguridad alimentaria y a proyectos productivos que beneficiaran a la comunidad.⁴⁰

De otro lado, las regalías indirectas ingresaban al Fondo Nacional de Regalías, quien las redistribuía entre todos los departamentos y municipios, atendiendo a criterios como el nivel de necesidades básicas insatisfechas de la población. Estos recursos, por mandato constitucional, debían emplearse en (i) promoción de la minería, (ii) preservación del ambiente y (iii) proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales.

Con el rubro de promoción de la minería, el legislador buscó favorecer principalmente la elaboración de estudios y la realización de labores de prospección, exploración, diseño, promoción, supervisión y ejecución de proyectos mineros, con énfasis en la pequeña y mediana minería⁴¹ y la ejecución de proyectos mineros especiales y comunitarios.⁴²

³⁶ El inciso tercero del artículo 360 disponía: “Los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones”. Nótese que el texto constitucional no señalaba el destino de las regalías directas.

³⁷ Colombia, Congreso de la República, Ley 141 de 1994.

³⁸ Colombia, Congreso de la República, Ley 1283 de 2009.

³⁹ Colombia, Congreso de la República, Ley 141 de 1994.

⁴⁰ Colombia, Congreso de la República, Ley 1283 de 2009.

⁴¹ Colombia, Congreso de la República, Ley 141 d 1994.

⁴² Colombia, Congreso de la República, Ley 756 de 2002.

A su turno, las actividades específicas del rubro de preservación del ambiente eran, entre otras, saneamiento ambiental, especialmente en regiones como la Amazonía, Chocó y el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y en los resguardos indígenas ubicados en zonas de especial significación ambiental; recuperación y conservación de las cuencas hidrográficas, descontaminación de ríos;⁴³ saneamiento básico de acueducto y alcantarillado; y tratamiento y reúso de las aguas residuales.⁴⁴

El rubro de proyectos de desarrollo regional —el que recibía el porcentaje más alto de recursos— comprendía principalmente actividades como las siguientes identificadas como prioritarias en el plan de desarrollo de la respectiva entidad territorial: energización,⁴⁵ construcción, recuperación y mantenimiento de la red vial secundaria y terciaria,⁴⁶ desarrollo de proyectos fluviales y aeroportuarios⁴⁷ y construcción de infraestructura de distribución para la prestación del servicio público de gas combustible en los estratos 1 y 2.⁴⁸

Nótese que la Constitución definía que el destino del 100% de las regalías debía ser inversión social. La jurisprudencia constitucional avalaba además que el legislador impusiera destinos específicos para los recursos de las regalías, siempre y cuando (i) fueran dentro del ámbito de la inversión social, según los mandatos de la Carta y (ii) la regulación persiguiera el uso eficiente de los dineros. Por ejemplo, en la Sentencia C-567 de 1995,⁴⁹ la Corte avaló que el legislador señalara en la Ley 141 de 1994 como áreas prioritarias destinatarias de las regalías directas, el saneamiento ambiental y la ampliación de la estructura de los servicios de salud, educación, electricidad, agua potable alcantarillado y demás servicios públicos básicos esenciales.⁵⁰ Luego, en la Sentencia

⁴³ Colombia, Congreso de la República, Ley 141 de 1994.

⁴⁴ Colombia, Congreso de la República, Ley 756 de 2002.

⁴⁵ Colombia, Congreso de la República, Ley 141 de 1994.

⁴⁶ Colombia, Congreso de la República, Ley 344 de 1996.

⁴⁷ Colombia, Congreso de la República, Ley 508 de 1999.

⁴⁸ Colombia, Congreso de la República, Ley 756 de 2002.

⁴⁹ M.P. Fabio Morón Díaz.

⁵⁰ La Corte explicó: “La Corte Constitucional encuentra que las disposiciones contenidas en las partes acusadas de los artículos 14 y 15 de la ley 141 de 1994, son de carácter indicativo y general que se ocupan de ordenar unas medidas razonables relacionadas con la planeación del gasto de inversión social y en la definición de unas reglas por las cuales se establecen las correspondientes reglas de prioridad del

C-207 de 2000,⁵¹ la Corporación encontró ajustado a la Carta que la Ley 141 también señalara como destino de las regalías indirectas los proyectos de energización.⁵² En la Sentencia C-509 de 2008⁵³ la Corte, con argumentos similares, declaró exequible disposiciones de la Ley 141 que ordenaban la transferencia específica de cierto porcentaje de regalías indirectas a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, con el fin de realizar labores de preservación y protección del ambiente en su jurisdicción. La normativa y la jurisprudencia permitían a las entidades territoriales elegir los proyectos específicos a financiar con las regalías, a través de la definición de proyectos prioritarios dentro de sus planes de desarrollo.

El Acto Legislativo 05 de 2011 cambió el destino de las regalías al señalar la siguiente distribución:

- 10%: ahorro para el pasivo pensional de las entidades territoriales
- 10%: inversiones en ciencia, tecnología e innovación
- Hasta el 30%: generación de ahorro público y estabilización
- 2%: fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos, y el conocimiento y cartografía geológica del subsuelo

gasto que se debe atender con los recursos nacionales provenientes de las regalías, atendiendo, en buena medida, a la experiencia histórica concreta del inmediato pasado en materia de la falta de una orientación racional y de planeación técnica de la orientación de la inversión de los recursos mencionados”.

⁵¹ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵² La Corte aseveró: “La referencia hecha en la Ley 141 de 1994 (específicamente, en los párrafos 1° y 2° del artículo 1°) a la financiación de proyectos de energización, como una de las posibilidades definidas por el legislador para la inversión de las regalías, cumple con claros preceptos constitucionales que velan por el bienestar general (artículos 1 y 2 C.P.), por la adecuada disposición de los recursos del Estado (artículo 360 C.P.), y por el respeto a la autonomía funcional que se reconoce a cada rama del poder público (artículo 113 C.P.). (...) Debe recordarse que “el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población”, son ‘finalidades sociales del Estado’ (Cfr. artículo 366 C.P.) y, por tanto, resulta admisible que las leyes que desarrollan los mandatos de la Constitución contemplen programas y proyectos, que, sin estar explícitamente señalados en la Norma Fundamental, son congruentes con los objetivos que se intentan alcanzar con la ayuda del ordenamiento jurídico. Los deberes del Estado frente a la comunidad no se reducen a la satisfacción de las necesidades expresamente contempladas por las normas constitucionales (salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable), pues dichas enunciaciones no agotan —en principio—, el panorama de los frentes que la administración debe atender para servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar los principios, derechos y deberes que se reconocen a todos los colombianos”.

⁵³ M.P. Mauricio González Cuervo.

Los recursos restantes para:

- 20%: asignaciones directas a entidades territoriales productoras y transportadoras
- 80%: financiación de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales.

Adicionalmente, la Ley 1530 de 2012 reguló específicamente el destino de los fondos creados para administrar cada uno de estos rubros en remplazo del Fondo Nacional de Regalías, así como el rubro de participación directa de los entes productores y transportadores:

- Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación: Proyectos que contribuyan a la producción, uso, integración y apropiación del conocimiento en el aparato productivo y en la sociedad en general, incluidos proyectos relacionados con biotecnología y tecnologías de la información y las comunicaciones.
- Fondo de Desarrollo Regional: Proyectos de inversión de impacto regional.
- Fondo de Compensación Regional: Proyectos de impacto regional o local de desarrollo en las entidades territoriales más pobres del país.
- Fondo de Ahorro y Estabilización: Generación de ahorro público y estabilización en periodos de déficit fiscal.
- Participación directa de entidades territoriales productoras y transportadoras:
- Financiación o cofinanciación de proyectos de inversión para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales.

Con este cambio se redujo a cerca de la mitad las regalías destinadas a inversión y desarrollo regional. La reforma introduce, entre los rubros a financiar, típicos gastos de funcionamiento o inversiones que no benefician directamente a las regiones como (i) el pasivo pensional de las entidades territoriales, un típico gasto de funcionamiento y no de inversión, (ii) la generación de ahorros para épocas de déficit fiscal del país en general (hasta

en un 30%, una suma bastante considerable⁵⁴) y (iii) la inversión en ciencia y tecnología, sin hacer énfasis en investigación para el desarrollo regional. Este recorte, sin que se hayan alcanzado aún niveles satisfactorios de cobertura en servicios básicos como salud, educación, agua, electricidad, saneamiento básico, etc., puede significar un estancamiento de las regiones, la paralización de importantes proyectos sociales⁵⁵ e incluso la inviabilidad de varias entidades territoriales que antes percibían regalías directas.⁵⁶

Además, críticos de la reforma resaltan que en tanto no se prevén criterios de distribución de la inversión en ciencia y tecnología acordes con los

⁵⁴ Sobre este punto, el profesor Amylkar Acosta Medina resalta: “Es claro, entonces que no son razones de equidad las que han movido al gobierno a presentar el proyecto de acto legislativo para crear el sistema general de regalías, sino que se trata de una medida de ajuste fiscal”, en *La reforma del régimen de regalías y su impacto en las finanzas territoriales*. Segunda edición. Bogotá: febrero de 2012, p. 112. Más adelante afirma: “Más claro no canta un gallo, así que no se hagan ilusiones aquellos departamentos y municipios que hoy no reciben regalías con que ahora participarán de ellas, pues no se trata de redistribuirlas, sino de financiar el agudo déficit fiscal del gobierno central. Si el motivo de la reforma fuera la equidad, ‘repartir la mermelada en toda la tostada’ como dijo el Ministro Echeverry, no tenía necesidad de reformar la Constitución, porque lo que ésta dispone es que ‘los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten exploraciones de recursos naturales no renovables así como los puestos marítimos y fluviales por donde se trasporten dichos recursos o productos derivados de los mismos tendrán derecho a participar de dichas regalías y participaciones’”, p. 114. Este problema también es resaltado por el Gobernador del Cesar, Cristian Moreno. Ver “Regalías: el proyecto de la Discordia”, *Semana*, 11 de octubre de 2010. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/regalias-proyecto-discordia/145843-3.aspx>

⁵⁵ Al respecto, el profesor Amylkar Acosta Medina señala: “Es innegable que no se ha hecho el mejor uso de los recursos provenientes de las regalías por parte de las entidades territoriales, pero es indudable que se han logrado algunos avances en aspectos primordiales en relación al cubrimiento de las necesidades básicas de la población según el DNP. Es una pena que a estas alturas ninguna de las mayores beneficiarias de estos recursos pueda contar con la certificación en todas las coberturas exigidas en aspectos como educación, salud, mortalidad infantil, agua potable y alcantarillado, peor si le quitan los recursos, una vez más la que termina perjudicada es la población”, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁶ El profesor Amylkar Acosta Medina indica: “Lo cierto es que muchas de las entidades territoriales que hoy reciben regalías directas se tornarían fiscalmente inviable si se les priva de ellas; en departamentos como el Cesar y la Guajira, por ejemplo, los ingresos provenientes de las regalías representan entre el 36 y el 40%, respectivamente, de su presupuesto anual. Es más, muchos de ellos tienen empeñadas buena parte de las regalías a través de vigencias futuras, las cuales en su momento fueron autorizadas por el Ministerio de Hacienda; muchos de estos compromisos van hasta el año 2024. 13 de los 16 departamentos que reciben regalías están endeudados hasta el cogote; en promedio las sumas comprometidas van desde 1.000 millones anuales de Sucre entre 2009 y 2023 hasta los 72.646 millones anuales del Cesar”, *op. cit.*, p. 181.

déficits regionales en la materia, la inversión puede terminar concentrada en los centros tradicionales de producción de conocimiento.⁵⁷

5.3. Reducción de la participación de las entidades territoriales en la toma de decisiones

Antes de la reforma constitucional, las entidades territoriales gozaban de amplios espacios de participación en la toma de decisiones acerca del destino de las regalías:

Respecto de las regalías directas, tenían poder para decidir su destino —dentro de los criterios fijados por la ley— mediante la delimitación de las áreas prioritarias de desarrollo dentro de sus planes de desarrollo. En relación con las regalías indirectas, tenían un amplio margen de discreción para establecer su destino mediante: (i) la formulación de los proyectos que se presentaban ante el DNP —administrador del Fondo Nacional de Regalías— para ser financiados o cofinanciados, (ii) la definición de las prioridades locales en el plan de desarrollo, y (iii) su participación en el Consejo Regional de Planificación Económica y Social (Corpes), ente que debía conceptuar sobre los proyectos a ser financiados con los recursos del Fondo Nacional de Regalías.^{58,59}

⁵⁷ El Gobernador del Cesar, Cristian Moreno, afirma: “el acceso a los 10 puntos porcentuales de las regalías destinados a ciencia y tecnología queda expuesto a la capacidad de gestión que hagan las regiones. Sin duda, se agudizará la asimetría en términos de conocimiento y gestión del desarrollo, porque los grandes centros de investigación están en las regiones más desarrolladas, mientras que las periféricas son débiles institucionalmente.” en “Regalías: el proyecto de la Discordia”, *Revista Semana*, Colombia, 11 de octubre de 2010. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/regalias-proyecto-discordia/145843-3.aspx>

⁵⁸ Colombia, Congreso de la República, Ley 141 de 1994.

⁵⁹ Sin embargo, cabe mencionar que la jurisprudencia constitucional de forma excepcional avaló intervenciones mayores del legislador y del poder central en la definición de los proyectos a financiar, en casos que involucraban intereses de orden nacional como el ambiental. Por ejemplo, en la Sentencia C-978 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, la Corte encontró ajustado a la Carta un precepto de la Ley 141 de 1994 que ordenaba destinar una suma específica de las regalías indirectas a proyectos de descontaminación de la Ciénaga de Zapatoza, incluso si tales proyectos no habían sido definidos como prioritarios por los municipios respectivos. La Corte aseveró: “Es pues claro que la exigencia de que se trate de un proyecto definido como prioritario en los planes de inversión recae genéricamente sobre los proyectos de inversión, pero no sobre aquellos destinados a la preservación del medio ambiente, por lo que no tenía la ley que exigir la incorporación de los proyectos destinados a proteger la ciénaga estuvieran definidos como prioritarios en los planes de esos municipios”.

Con la reforma constitucional se redujeron los espacios de participación de las entidades territoriales de manera significativa. En primer lugar, la administración del Fondo de Ahorro y Estabilización fue encargado al Banco de la República según criterios fijados por el Gobierno Nacional. En segundo lugar, los proyectos a ser financiados por los fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación, Desarrollo Regional y Compensación Regional deben ser acordados con el Gobierno Nacional y ser acordes con el Plan Nacional de Desarrollo. En tercer lugar, la elección de los proyectos a financiar radica en cada uno de los fondos, los cuales cuentan con una participación marginal de las entidades territoriales.⁶⁰

De esta manera, el Acto Legislativo 05 de 2011 y la Ley 1530 trasladaron al Gobierno Nacional el poder para elegir las prioridades de inversión social de las entidades territoriales, y por esta vía, sus prioridades de desarrollo.⁶¹

⁶⁰ Por ejemplo, en el caso del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, los proyectos son elegidos por un órgano colegiado de administración y decisión, en el cual tendrán asiento el Gobierno Nacional, representado por tres (3) Ministros o sus delegados, un (1) representante del Organismo Nacional de Planeación y un (1) representante del Organismo Nacional encargado del manejo de la política pública de ciencia y tecnología e innovación, quien además ejercerá la Secretaría Técnica, un (1) Gobernador por cada una de las instancias de planeación regional a que se refiere el inciso siguiente del presente artículo; cuatro (4) representantes de las universidades públicas y dos (2) representantes de universidades privadas. En el Fondo de Desarrollo Regional, la selección de los proyectos corresponde a órganos colegiados de administración y decisión integrados por dos (2) ministros o sus delegados, el gobernador respectivo o su delegado y un número representativo de alcaldes.

⁶¹ Vale la pena destacar lo afirmado por el profesor Amylkar Acosta Medina: “Lo que se pretende con el proyecto de acto legislativo que reforma el régimen de regalías es centralizar los recursos de regalías directas como ya se hizo con las indirectas y con los recortes de las mal llamadas transferencias, para que se las engullan los floricultores, los terratenientes y los caballeros de la industria”. *Op. cit.*, p. 141. Más adelante agrega: “A pesar de la insistencia del Ministro de Hacienda Juan Carlos Echeverry en el trascurso del trámite del acto legislativo, en el sentido que no se pretende centralizar los recursos provenientes de las regalías, es inmutable el sesgo centralista de la propuesta del gobierno. En efecto, la secretaria técnica del órgano rector del SGR, estaría en cabeza DNP, este tendría también la facultad de viabilizar los proyectos sucesibles de financiar con los recursos del CGR y como si lo anterior fuera poco también maneja el SMVCE. De este modo no queda duda que el gobierno central tendrá la sartén por el mango, en detrimento de la autonomía de las regiones. Huelga decir que ni siquiera los recursos propios que recibirán como participación directa los departamentos y municipio productores y portuarios podrán manejarlos autónomamente las autoridades respectivas recurso que por demás no pasará por sus presupuesto, pues tendrán que pasar de los pedazos de los órganos colegiados previstos para el efecto en donde la constante será la omnipresencia del gobierno central con poder de decisión, ello significa un retroceso descomunal con respecto a los avances logrados en materia de descentralización”. *Op. cit.* p. 272.

5.4. Cambio en los criterios de distribución de los recursos de las regalías que impacta a las entidades territoriales más pobres

Anteriormente, según la Ley 141 de 1994, los recursos destinados a la financiación o cofinanciación de proyectos regionales de inversión (regalías indirectas) se distribuiría en forma equitativa entre las regiones integradas por los CORPES regionales, o por las entidades que lo sustituyeran, teniendo en cuenta los siguientes criterios: (i) la densidad poblacional, (ii) las necesidades básicas insatisfechas de la población y (iii) otros indicadores de pobreza.

El Acto Legislativo 05 de 2011 fijó la destinación específica de los recursos. Solamente definió un sistema de reparto en concordancia con las características de las entidades territoriales para el caso de los recursos del Fondo de Compensación Regional, los cuales se deben repartir según los siguientes criterios: “Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), población y desempleo, y con prioridad en las zonas costeras, fronterizas y de periferia”.

La Ley 1530, por su parte, al precisar los criterios de distribución de los fondos de Desarrollo Regional, Compensación Regional y Ciencia, Tecnología e Innovación, favoreció la densidad poblacional por encima de los indicadores de pobreza de las entidades territoriales.⁶²

⁶² Para el caso del Fondo de Desarrollo Regional dispone que los recursos se repartirán entre los departamentos de la siguiente forma: “1.1 El 60% de acuerdo a la participación del departamento en la población total del país, para lo cual se tomarán las proyecciones de población departamentales certificadas por el DANE para cada vigencia en que se realiza la distribución. (...) 1.2 El 40% según la pobreza relativa, para lo cual se tomará el grado de pobreza de cada departamento, medido con el índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), dividido por el NBI nacional. El DANE certificará los valores del NBI a que se refiere este numeral para cada vigencia en que se realiza la distribución”. De otro lado, indica que el dinero del Fondo de Compensación Regional se distribuirá entre los municipios con sujeción a los siguientes criterios: “1. El 60% de los recursos del FCR se distribuirá de la siguiente manera:

- 1.1 Se determinará qué departamentos del país tienen un porcentaje de población en situación de pobreza —según el criterio de necesidades básicas insatisfechas— superior al 30%. Dichos departamentos se denominarán departamentos receptores por criterio de pobreza departamental.
- 1.2 Se determinará qué departamentos del país tienen municipios con un porcentaje de población en situación de pobreza —según el criterio de necesidades básicas insatisfechas— superior al 35%. Dichos departamentos se denominarán departamentos receptores por criterio de pobreza municipal.

A la fecha, la reforma constitucional sobre el reparto de las regalías solamente ha sido examinada por la Corte Constitucional en una oportunidad, con ocasión de una demanda por falta de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales del país. En la Sentencia C-317 de 2012,⁶³ la Corporación declaró exequible el Acto Legislativo 05 de 2011, bajo el argumento de que, dada su generalidad, no era susceptible de afectar directamente a dichos pueblos, de manera que no debía ser consultado. Yo me aparté de esta decisión, pues considero que el acto legislativo sí debía ser consultado, por las siguientes razones:

-
- 1.3 Se repartirá el 50% de los recursos definidos en el numeral 1 del presente artículo entre los departamentos receptores por criterio de pobreza departamental, de acuerdo a los criterios mencionados a continuación:
 - a) El 40% de acuerdo a la participación de cada departamento en la población total del país, para lo cual se tomarán las proyecciones de población departamentales certificadas por el DANE para cada vigencia en que se realiza la distribución.
 - b) El 50% según la pobreza relativa, para lo cual se tomará el grado de pobreza de cada departamento, medido con el Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), dividido por el NBI nacional. El DANE certificará los valores del NBI a que se refiere este numeral para cada vigencia en que se realiza la distribución.
 - c) El 10% según la tasa de desempleo relativa, para lo cual se tomará la tasa de desempleo de cada departamento dividida por la tasa de desempleo nacional. El DANE certificará los valores correspondientes a las tasas de desempleo a que se refiere este numeral para cada vigencia en que se realiza la distribución. (...).
 - 1.4 Se repartirá el 50% restante de los recursos definidos en el numeral 1 del presente artículo entre los departamentos receptores por criterio de pobreza municipal, de acuerdo a los criterios mencionados a continuación:
 - a. El 40% de acuerdo a la participación de cada departamento en la población total del país, para lo cual se tomarán las proyecciones de población departamentales certificadas por el DANE para cada vigencia en que se realiza la distribución.
 - b. El 50% según la pobreza relativa, para lo cual se tomará el grado de pobreza de cada departamento, medido con el Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), dividido por el NBI nacional. El DANE certificará los valores del NBI a que se refiere este numeral para cada vigencia en que se realiza la distribución.
 - c. El 10% según la tasa de desempleo relativa, para lo cual se tomará la tasa de desempleo de cada departamento dividida por la tasa de desempleo nacional. El DANE certificará los valores correspondientes a las tasas de desempleo a que se refiere este numeral para cada vigencia en que se realiza la distribución.”

Finalmente, la Ley 1350 señala que los recursos del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación de asignarán a los departamentos en la misma proporción en que se distribuya la suma de los recursos del Fondo de Compensación Regional y del Fondo de Desarrollo Regional.

⁶³ M.P. María Victoria Calle Correa.

- El tema de las regalías está vinculado de manera directa e inescindible con el significado culturalmente determinado que tienen los recursos naturales, y en particular los recursos del subsuelo, para los pueblos indígenas y tribales.
- Las regalías operan como un complejo factor de estímulo económico a la explotación y exploración minera a lo largo del territorio nacional y, por tanto, son un factor de riesgo para el proyecto de los pueblos indígenas y tribales de consolidar sus territorios y sus proyectos de desarrollo.
- De acuerdo con las cifras oficiales, los principales departamentos productores de regalías son Casanare, Meta, Guajira, Huila, Arauca, Cesar, Santander y Córdoba. Estos departamentos albergan importantes comunidades indígenas que resultarán afectadas por el nuevo sistema de reparto de las regalías, como las comunidades wayuu, u'wa, senú y emberá.
- La reforma altera el estatus de las comunidades étnicas en tanto restringe su derecho a participar en las regalías. En vigencia del régimen anterior, el artículo 11 de la Ley 756 de 2002 disponía una participación directa a favor de las comunidades asentadas en el área de explotación. En virtud de la reforma, esta participación directa desaparece.
- La reforma se ocupa de una materia relacionada con las previstas en el Convenio 169 de la OIT: la explotación de recursos naturales en territorios que pueden coincidir con los de los pueblos indígenas y tribales. Tal criterio es un indicio de afectación directa.

En este orden de ideas, a mi juicio, era forzoso concluir que el Acto Legislativo 05 de 2011 debía ser materia de consulta previa. En mi concepto, una tesis contraria se opone al precedente sentado por la Corporación en Sentencias como la C-030 de 2008, la C-366 de 2011 y la C-196 de 2012, según el cual no importa la redacción general de la medida legislativa; si tiene un impacto desproporcionado sobre las comunidades étnicas, debe ser consultado.

6. Competencia preferente y casi exclusiva de la Nación en la aprobación de los proyectos de mayor impacto ambiental dentro de las regiones

De acuerdo con el contenido de las normas que rigen las competencias de los entes territoriales en materia ambiental es posible concluir que esas competencias son meramente residuales, esto es, solo se activan si no existe norma de superior jerarquía que señale algo al respecto y, además, dichas competencias se circunscriben a asuntos que afecten exclusivamente el ámbito local y, como la lógica lo dicta, los asuntos ambientales rara vez se reducen a dicho ámbito, son, por naturaleza de alcances irreductibles. Un río por lo general no se agota en un municipio, la contaminación del aire es un problema incluso global, la actividad minera no se agota en la explotación y usualmente requiere de grandes espacios para su desarrollo, lo que sobrepasa los límites locales.

El artículo 313, numerales 7 y 9 de la Constitución,⁶⁴ el Título IX de la Ley 99 de 1993 y el artículo 10 de la Ley 388 de 1997⁶⁵ generan un modelo de autonomía territorial en evolución cuando de medio ambiente se trata. Esto, en la medida que la única competencia de los entes en materia de usos del suelo y de protección ambiental se da con la adopción de su Plan de Ordenamiento Territorial (Art. 313, numerales 7 y 9, C.P.), que, al ser actos administrativos dictados por el concejo municipal, están sometidos a las normas de superior jerarquía, esto es, a los actos de las CAR, del Ministerio de Ambiente, a la Ley y a la Constitución.

El artículo 63 de la Ley 99 de 1993 consagra como principios de autonomía territorial en esa materia, los de autonomía regional, graduación

⁶⁴ Colombia, Constitución Política, artículo 313 Corresponde a los concejos:

7. Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

9. Dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio.

⁶⁵ Colombia, Congreso de la República, Ley 388 de 1997 artículo 10. Determinantes de los planes de ordenamiento territorial. En la elaboración y adopción de sus planes de ordenamiento territorial los municipios y distritos deberán tener en cuenta *las siguientes determinantes, que constituyen normas de superior jerarquía*, en sus propios ámbitos de competencia, de acuerdo con la Constitución y las leyes:

1. Las relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales y la prevención de amenazas y riesgos naturales (...).

normativa y rigor subsidiario.⁶⁶ Estos principios se traducen en una patente de curso para los entes territoriales en cuanto no solo establecen que su actuación y sus decisiones deben regirse y depender de la normativa de superior jerarquía (actos de las CAR y del Ministerio de Ambiente, así como la ley y la Constitución), sino que además establece el mandato según el cual las decisiones de los entes locales podrán ser sucesivamente más rigurosas pero nunca más flexibles que las decisiones de las autoridades ambientales de mayor jerarquía.

Se observa que en materia ambiental se invirtieron los principios generales de autonomía territorial, según los cuales la Nación solo podrá intervenir en asuntos locales de manera subsidiaria cuando el ente territorial no pueda atenderlo de manera efectiva. En cambio, en materia ambiental, el ente territorial únicamente puede intervenir cuando la regulación superior nacional lo permita.

⁶⁶ “Ley 99 de 1993, artículo 63.- Principios Normativos Generales. A fin de asegurar el interés colectivo de un medio ambiente sano y adecuadamente protegido, y de garantizar el manejo armónico y la integridad del patrimonio natural de la Nación, el ejercicio de las funciones en materia ambiental por parte de las entidades territoriales, se sujetará a los principios de armonía regional, gradación normativa y rigor subsidiario definidos en el presente artículo.

Principio de Armonía Regional. Los departamentos, los distritos, los municipios, los territorios indígenas, así como las regiones y provincias a las que la ley diere el carácter de entidades territoriales, ejercerán sus funciones constitucionales y legales relacionadas con el medio ambiente y los recursos naturales renovables, de manera coordinada y armónica, con sujeción a las normas de carácter superior y a las directrices de la Política Nacional Ambiental, a fin de garantizar un manejo unificado, racional y coherente de los recursos naturales que hacen parte del medio ambiente físico y biótica del patrimonio natural de la Nación.

Principio de Gradación Normativa. En materia normativa las reglas que dicten las entidades territoriales en relación con el medio ambiente y los recursos naturales renovables respetarán el carácter superior y la preeminencia jerárquica de las normas dictadas por autoridades y entes de superior jerarquía o de mayor ámbito en la comprensión territorial de sus competencias. Las funciones en materia ambiental y de recursos naturales renovables, atribuidas por la Constitución Política a los departamentos, municipios y distritos con régimen constitucional especial, se ejercerán con sujeción a la ley, los reglamentos y las políticas del Gobierno Nacional, el Ministerio del Medio Ambiente y las Corporaciones Autónomas Regionales.

Principio de Rigor Subsidiario. Las normas y medidas de policía ambiental, es decir, aquellas que las autoridades medioambientales expidan para la regulación del uso, manejo, aprovechamiento y movilización de los recursos naturales renovables, o para la preservación del medio ambiente natural, bien sea que limiten el ejercicio de derechos individuales y libertades públicas para la preservación o restauración del medio ambiente, o que exijan licencia o permiso para el ejercicio de determinada actividad por la misma causa, podrán hacerse sucesiva y respectivamente más rigurosas, pero no más flexibles, por las autoridades competentes del nivel regional, departamental, distrital o municipal, en la medida en que se desciende en la jerarquía normativa y se reduce el ámbito territorial de las competencias, cuando las circunstancias locales especiales así lo ameriten, en concordancia con el artículo 51 de la presente ley”.

Pues bien, con este modelo surgen varios problemas que no pueden ser solucionados a menos que la voluntad política asuma el deber de cambiarlo. Veamos: No está por fuera de la Constitución el que los POT deban someterse a normas de superior jerarquía, ello es así en cualquier sistema de fuentes jurídicas desde la doctrina de Kelsen sobre la pirámide normativa. Además, nuestra Carta Política claramente establece un modelo de Estado unitario por definición, con autonomía en materia de descentralización administrativa. Así las cosas, es claro que la autonomía territorial en materia ambiental, o en cualquiera otra, no es absoluta. Sin embargo, tal y como están las cosas la autonomía es incipiente. Y la calidad de incipiente de la autonomía territorial en el ámbito ambiental está justo en los límites que ha creado la Ley, no de manera inconstitucional, pero por lo menos la autonomía que buscó el Constituyente no está tan claramente desarrollada.

Obsérvese que el artículo 13 del Código de Minas —Ley de la República— dispone que la minería es de utilidad pública e interés social⁶⁷ y con base en estas prerrogativas, y estando dentro del marco legal, los proyectos mineros pueden ser desarrollados por encima del concepto del ente territorial en cuya jurisdicción se desarrollen. Pero eso no es todo. Si bien los proyectos mineros no solo requieren un título minero sino además una licencia ambiental, el artículo 52 de la Ley 99 de 1993 le otorga al Ministerio de Ambiente la competencia exclusiva para la expedición de licencias ambientales para la ejecución de proyectos de gran minería. Esto refleja la ausencia absoluta de competencia de los entes territoriales incluso cuando este tipo de proyectos se ejecutan en su jurisdicción.

La anterior problemática se observa en ejemplos concretos y actuales. Los casos de Cerro Matoso, Taganga, La Mojana, Riofrío en Tabio, el Páramo de Santurbán en Santander, los Cañaverales y el Río Ranchería en la Guajira muestran cómo, sin actuar por fuera de la ley y la Constitución, se toman decisiones desde el gobierno central sin tener en cuenta la posición de los entes territoriales y sus comunidades.

⁶⁷ Código de Minas, artículo 13. Utilidad Pública. En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárase de *utilidad pública e interés social* la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo.

El actual debate sobre la prórroga del contrato de Cerro Matoso refleja cómo la determinación de los destinos de estos proyectos depende enteramente del gobierno central. Las decisiones que se tomen en torno a la prórroga de dicho contrato de explotación minera deberían evaluarse y tomarse con la participación de las entidades territoriales de influencia, esto es, el Departamento de Córdoba y el Municipio de Montelíbano. Es la comunidad y sus autoridades las que pueden dar fe de lo que ha ocurrido durante todos estos años de vigencia del contrato en cuanto a impacto ambiental y en cuanto a retribución de utilidades a la población y a las entidades territoriales.

Además, se ha revivido la posibilidad de adelantar un proyecto de muelle carbonero de cargue ubicado entre los cerros tutelares de Taganga y Santa Marta, desde Punta Petacas a Punta de Vaca, luego de que durante varios años el Ministerio de Ambiente negara la licencia ambiental.⁶⁸ Lo problemático —además del impacto ambiental en las playas azules de Taganga— es la ausencia de influencia y participación de Santa Marta, Magdalena y su comunidad en la consecución de estos proyectos.

Ahora bien, no han corrido igual suerte los guajiros. Tanto los proyectos mineros del corregimiento de Los Cañaverales —desviación de su manantial— como los de la cuenca del río Ranchería han marchado sin posibilidades de oposición efectiva por parte del ente territorial ni de su comunidad. De hecho, ya se han reubicado pueblos enteros, pero lo más grave está por venir. Todo indica que el Río Ranchería, gran proveedor de pancoger, arroz y demás cultivos para la alimentación y sobrevivencia de las comunidades ribereñas, va a ser reencausado, lo que para los expertos implica terminar con la fuente de

⁶⁸ Resulta que ya hubo un primer intento de licenciamiento ambiental ante el Ministerio del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. El 10 de abril de 2007 mediante Auto N.° 858, a solicitud de la Sociedad Portuaria del Magdalena S.A., se inició el trámite administrativo de Licencia Ambiental para este proyecto portuario. El 31 de julio de 2007 mediante pronunciamiento administrativo el Ministerio rechazó el Estudio de Diagnóstico Ambiental de Alternativas presentado, por no considerarse viable ninguna de las alternativas de localización propuestas ya que afectaban el desarrollo urbano del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta y de la Bahía de Taganga. Y bajo estos mismos argumentos el 11 de octubre de 2007 el Ministerio confirmó el Auto N.° 1995 de 2007, mediante el cual rechazó el Estudio de Diagnóstico Ambiental de Alternativas presentado por la Sociedad Portuaria del Magdalena S.A., para el proyecto “Puerto Petaca”.

sostenibilidad de la comunidad. En su artículo publicado en *El Espectador*, “La Guajira despresada”, Alfredo Molado describía esta situación así:⁶⁹

Hay que recordar que el Ranchería es el único río que riega la zona semidesértica de la media y la baja Guajira, en su gran mayoría territorio de resguardos wayúu. Los indígenas han protestado porque temen que la obra ponga en peligro su modo de vida, que la wayúu Vicenta Siosi describe así:

“Las gentes por aquí viven de la pesca. Aun los niños capturan lizas, bagres, bocachicos y camarones, que son nuestro alimento. Las mujeres recogen cerezas, iguarayas, mamoncillos, cotoprix, coas silvestres para venderlas. Algunos wayúu tienen rosas permanentes junto al río. Con gran esfuerzo, cargan el agua con baldes y riegan mata por mata. Otros toman barro y agua del río para fabricar ladrillos destinados a la construcción de viviendas citadinas”.

(...)

Como es de suponer, el desvío del río tiene efectos, no solo sobre la población, sino sobre la fauna y la flora. Los “animales de noche”, como los llaman los wayúu, que son los que llamamos salvajes, serían arriados por medio de explosiones sonoras hacia determinadas áreas, según los planes ambientales de la compañía. Los “animales de día”, o sea los domésticos, correrían la misma suerte de las comunidades que deben ser desplazadas, como la de Manantial de Cañaverales. Es un corregimiento del municipio de San Juan, de una fertilidad y de una frescura excepcionales en la región, porque tiene un gran ojo de agua. Es un nicho rodeado de gigantescas ceibas y caracolies, habitado por una familia de micos churucos, donde de un acuífero nace un agua transparente, ligeramente azulada. Un paraíso chiquito y cuidado por la comunidad. El manantial riega la zona y sirve el acueducto del pueblo.

En el mismo sentido, el investigador Indalecio Dangond ha manifestado en el *Diario El Herald* con su artículo “La masacre ambiental de la Guajira”:

⁶⁹ Molano, Alfredo, “La Guajira Desprensa”, en *El Espectador*, Colombia, en <http://www.elespectador.com/impresso/nacional/articulo-352210-guajira-despresa>

Lo que está sucediendo en la Guajira no tiene antecedentes. Resulta que el Cerrejón pretende explotar un depósito de 500 millones de toneladas de carbón, que se encuentra debajo del curso natural del río Ranchería. Para ello, proyecta desviar su curso natural de 27,5 kilómetros por uno modificado de cuatro kilómetros, lo cual traería como consecuencia la pérdida de más de 32 millones de metros cúbicos de agua anuales, que sirven para regar más de dos mil hectáreas de cultivos durante siete meses de sequía.

Y en la Costa Atlántica el tema de la incipiente autonomía de los entes territoriales en materia de medio ambiente no se limita a la consecución de proyectos de minería, sino que también se observa en los proyectos de atención y mitigación de catástrofes como las inundaciones de La Mojana sucreña. Esta región se crea a partir de la depresión Momposina, ubicada en la confluencia de los grandes ríos Magdalena, Cauca, San Jorge y Cesar, que alimentan ciénagas y pantanos comunicados por una intrincada red de brazos y caños. Toda la gestión para el dragado de los ríos y los caños que atraviesan esta región así como la construcción de diques para su mejoramiento hidráulico están a cargo del gobierno central —específicamente del Fondo de Adaptación que cuenta con 1,2 billones de pesos para el efecto—. No se cuestiona aquí la atención que el gobierno ha prestado a la recuperación de la zona tras la ola invernal, pero tampoco deberían subestimarse los aportes que el departamento y los municipios involucrados, pero sobre todo la comunidad, podrían brindar para una recuperación más efectiva y más cercana a las necesidades propias de la región. Por ejemplo, tener en cuenta que la situación actual no está dada solo por la ola invernal, sino que, si el invierno llegó a afectar tan gravemente la zona, es porque alguna deficiencia ambiental debía desde antes existir de fondo. Los expertos afirman que el gran problema es la alteración de la sedimentación de las tierras por invasión de espacios de los cuerpos de agua. Quién más que los propios pobladores para transmitir estos conocimientos empíricos tan necesarios para atender de fondo las crisis.

Esta dinámica de crecimiento en nuestra Costa Atlántica puede llevarnos a la advertencia de Orlando Fals Borda:

Los costeños estamos oyendo los cantos de sirena del carbón, el petróleo, el níquel, la energía eléctrica, los grandes complejos agroin-

dustriales de la Mojana, la superpesca en nuestros golfos y bahías. ¡Cuidado! Sin negarnos a la explotación cuidadosa de nuestras riquezas, condicionada al beneficio directo de nuestras clases trabajadoras, recordemos que se trata de recursos no renovables de corta duración. Esto no sería más nuestra Costa, sino sus restos irreconocibles: un paisaje lunar gobernado desde lejos por lacayos y robots.⁷⁰

En el interior del país vemos cómo la situación no es muy distinta, la administración municipal de Tabio ha establecido en su Plan de Ordenamiento Territorial⁷¹ que no admite actividades mineras en ciertas partes de su territorio. Sin embargo, los proyectos mineros han podido avanzar al contar con licencia ambiental del Ministerio de Ambiente y permisos del Ministerio de Minas. Al respecto, afirmaba Benjamín Barney Caldas en su columna de *El Espectador*:⁷²

Los alrededores de Tabio están siendo seriamente amenazados por la minería a cielo abierto que ahí se permite. Esta situación contradice las buenas intenciones respecto del actual Plan de Ordenamiento Territorial (POT) del municipio. Dicho POT ordena explícitamente la conservación de su patrimonio ecológico, económico y cultural. Y precisa que la utilización de sus recursos naturales se debe llevar a cabo sin lesionar el interés general de la comunidad y potenciando la oferta turística y recreacional de la región. Como tienen autorización [del Ministerio de Minas] para explotar cerca de 500 hectáreas, están acabando con la ronda del río Frío para extraer grava, alterando el nivel freático —debido a la profundidad de las excavaciones—, contaminando sus aguas por los vertimientos, causando un daño irreversible al paisaje y acabando con la vida silvestre.

⁷⁰ Fals Borda, Orlando. *Historia doble de la costa: retorno a la tierra*. Tall. Panamericana, 2002: <http://www.bdigital.unal.edu.co/1402/12/10CAPI09.pdf>

⁷¹ Ver Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Tabio en http://www.tabio-cundinamarca.gov.co/apc-aa-files/64633431376165396461376165316131/ACUERDO_EOT_N_1.pdf

⁷² Barney Caldas, Benjamín, “Minería y patrimonio”, en *El Espectador*, Colombia, 2011 en <http://www.elespectador.com/impreso/columna-260790-mineria-y-patrimonio>

El Páramo de Santurbán⁷³ es el que provee de agua a casi todo el departamento de Santander, incluso a su capital. Proyectos mineros pretendían ser ejecutados en ese lugar, esto ha sido evitado porque el Ministerio de Ambiente no ha otorgado la licencia ambiental, en cierta medida por la presión de la comunidad,⁷⁴ sin embargo, no existen herramientas legales para que el ente territorial afectado se oponga a estos proyectos. Si el Ministerio lo permite, el proyecto minero se llevará a cabo. ¿Quién decide entre el oro y el agua?

¿Y qué dice la jurisprudencia constitucional?

Frente a los casos expuesto, es preciso afirmar que no es que se esté actuando por fuera de la Constitución, porque es ella misma la que dispuso competencias en materia ambiental a los municipios únicamente a través de los POT —actos administrativos de muy inferior jerarquía normativa—. De hecho, la jurisprudencia constitucional ha afirmado de forma reiterada que, primero, el único campo de competencia exclusiva de los entes territoriales es aquel meramente local y, segundo, las actuaciones de los entes territoriales en materia de usos del suelo y medio ambiente deben someterse a la normativa superior. Así, de acuerdo con la regulación vigente, su competencia autónoma se traduce en la elaboración del POT.

En cuanto a lo primero, debe advertirse que cuando los entes territoriales tienen discrecionalidad real sobre medidas ambientales, es en aquellos eventos en los que la medida se *circumscribe exclusivamente al territorio local*. Así, solo en casos donde el ámbito de contaminación o de impacto ambiental sea meramente local, la Corte Constitucional ha dispuesto la competencia exclusiva del ente territorial.

En Sentencia C-535 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte concluyó que las medidas para evitar la contaminación visual por la publicidad exterior o vallas publicitarias son propias de los entes territoriales. Afirmó:

⁷³ Sobre los impactos ambientales de los proyectos del páramo ver: <http://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/1717-mineria-en-el-paramo-de-santurban-ino-viable.html>

⁷⁴ La revista Semana documentó la oposición de la comunidad: <http://www.semana.com/nacion/bucaramanga-paraliza-proyecto-minero-paramo-santurban/152596-3.aspx>

La publicidad exterior visual hace parte de la noción de “patrimonio ecológico” local, por lo cual se está frente a una competencia propia de los concejos municipales y distritales, así como de los órganos de gobierno de los territorios indígenas, la cual les es asignada en función del interés territorial subyacente, pues los problemas de modificación del paisaje que le están asociados abarcan primariamente un ámbito local, por lo cual su regulación corresponde también, en principio, a las autoridades municipales y de los territorios indígenas. Sin embargo, eso no significa que la ley no pueda establecer una normatividad básica nacional en este campo pues se trata de competencias concurrentes. Lo que no puede el Legislador es vaciar la competencia constitucional propia de los concejos y las autoridades indígenas de dictar normas para proteger, conforme a sus criterios, normas sobre la protección del patrimonio ecológico local.

En otra ocasión afirmó:⁷⁵

Uno de los parámetros de análisis de constitucionalidad, por presunta violación de la autonomía de una entidad, consiste en establecer si el asunto ambiental, objeto de la respectiva función, trasciende el ámbito municipal, departamental, o regional. Según este parámetro, el legislador puede limitar la autonomía de una entidad regional o municipal, en relación con una de sus funciones, si dicha función compromete de manera directa asuntos del orden nacional.

Lo complejo de este tipo de conclusiones es que, como se advertía al iniciar este capítulo, la problemática ambiental, por naturaleza, no conoce fronteras. Generalmente los proyectos que inciden en el medio ambiente, así como las situaciones fácticas producidas por problemáticas ambientales, son imposibles de circunscribir a un territorio limitado. Pero, ¿es eso suficiente para abstraer de las decisiones a las entidades territoriales asentadas en zonas que se encuentran de una u otra forma involucradas?

Por otra parte, la Corte siempre ha avalado que, en asuntos ambientales, la competencia preferente es de la Nación y, por tanto, lo que se disponga a nivel

⁷⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-894 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

local o departamental deberá sujetarse a la normativa superior, lo que puede traducirse incluso en que decisiones de autoridades de superior jerarquía como las licencias del Ministerio de Ambiente o los permisos del Ministerio de Minas contradigan, por ejemplo, lo establecido en el Plan de Ordenamiento Territorial de un municipio. Dicha conclusión surge de afirmaciones reiteradas de la jurisprudencia constitucional en el siguiente sentido:

Debe entenderse entonces que la facultad reglamentaria que el Constituyente consagró para los municipios, reivindicando su autonomía y el principio de descentralización, deberán ejercerla ellos a través de sus Concejos Municipales, con base en las directrices y pautas que a nivel nacional y regional produzcan las autoridades competentes, a las cuales les corresponde dicha función “por mandato de la constitución y de la ley”, pues fueron designadas para el efecto por el Constituyente, artículo 208 de la C.P., y por el legislador a través de la ley 99 de 1993, en desarrollo de la facultad de intervención que para las materias específicas a las que se refieren los numerales 7 y 9 del artículo 313 de la Carta Política, le atribuyó categóricamente el Constituyente al Estado, en el artículo 334 de la Carta Política (Sentencia C-534 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz).

En esa ocasión la Corte estudió si se vulneraba el principio de autonomía territorial por parte del último inciso del artículo 61 de la Ley 99 de 1993 que establece “Los municipios y el Distrito Capital expedirán la reglamentación de los usos del suelo, teniendo en cuenta las disposiciones de que trata este artículo y las que a nivel nacional expida el Ministerio del Medio Ambiente”.

Al respecto, consideró que no existía violación de la autonomía territorial en cuanto:

Las disposiciones acusadas no hacen más que materializar la facultad de intervención que en materia de uso de suelos y explotación de recursos naturales, de manera expresa el Constituyente radicó en cabeza del legislador, y la facultad reglamentaria que el mismo radicó en cabeza del Presidente de la República, a través del numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, por lo que con ellas no se produce ningún tipo de vulneración al ordenamiento superior, motivo por el

cual, en los términos de esta providencia serán declaradas exequibles por esta Corporación.

En otra ocasión señaló:

La planificación ambiental debe responder a los dictados de una política nacional, la cual se adoptará con la participación activa de la comunidad y del ciudadano, y la misma debe ser coordinada y articulada entre la Nación y las entidades territoriales correspondientes. La Carta Política le otorga al Estado la responsabilidad de planificar y aprovechar los recursos naturales de forma tal que se logre un desarrollo sostenible, garantizando así la conservación y la preservación del entorno ecológico. Al respecto, cabe recordar que el derecho a gozar de un ambiente sano les asiste a todas las personas, de modo que su preservación, al repercutir dentro de todo el ámbito nacional —e incluso el internacional—, va más allá de cualquier limitación territorial de orden municipal o departamental. (Sentencia C-495 de 2006 M.P. Fabio Morón Díaz).

En otras oportunidades lo ha expresado de la siguiente manera:

Teniendo en cuenta el carácter unitario del Estado colombiano, y una característica importante del bien jurídico objeto de protección (interdependencia de los ecosistemas), califican la protección del medio ambiente como un asunto de interés nacional. En esa medida, la responsabilidad por su protección está en cabeza de las autoridades nacionales.⁷⁶

Así, en el único caso en el que la Corte ha declarado inexecutable una norma que consagra la planeación de proyectos con influencia territorial, fue la Sentencia C-149 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio) sobre el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, específicamente sobre los llamados macroproyectos de interés social nacional. Esto porque terminaban vaciando la

⁷⁶ Ver, entre otras, las Sentencias C-535 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-894 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

competencia de los entes territoriales sobre los usos del suelo. En este caso lo que realmente llevó a la inexequibilidad fue que el Gobierno central terminaba determinando los POT.

Dijo la Corte:

La posibilidad de que mediante los MISN se pueda modificar de manera automática cualquier POT, termina generando una grave inseguridad jurídica sobre los mismos, siendo inadmisibles que actos administrativos adoptados por una autoridad del orden nacional terminen convirtiéndose en instrumentos de planeación que se sobrepongan a los POT. No es que se impida la viabilidad jurídica de los MISN, sino que estos deben observar los principios constitucionales, especialmente aquellos que imponen el respeto por las competencias asignadas a las autoridades locales.

Lo que refleja que, según la jurisprudencia, atendiendo al régimen de autonomía vigente, en realidad la única autonomía real de los municipios es la redacción de los POT.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que el legislador esté maniatado y no tenga herramientas constitucionales para incluir a los entes territoriales en el desarrollo ambiental de sus regiones. Por el contrario, desde el artículo 1 de la Carta Política se establece la autonomía territorial como característica esencial del Estado colombiano, con base en lo cual el legislador puede promocionar que esa autonomía sea real y efectiva. Esto, por ejemplo, regulando formas de participación de los entes territoriales en los proyectos que los afecten, tanto durante las fases de aprobación, como durante su ejecución. No hay nada más alejado de la realidad que pensar que desde el centro pueda satisfacerse las necesidades de la periferia. ¿Quién conoce más su casa que su propio dueño?

7. Las tensiones entre la centralización y la descentralización del uso del suelo en Colombia

Desde la promulgación de la Constitución de 1886 han existido tres etapas de la regulación del uso del suelo que demuestran las tensiones que se han presentado entre el centralismo y la autonomía en el ordenamiento territorial colombiano: (i) la primera etapa inició con la Constitución de 1886 y tenía por principal característica la regulación del uso del suelo por el Gobierno

Nacional, (ii) la segunda comienza con la Constitución Política de 1991 y con las leyes de reforma urbana (9º de 1989 y 388 de 1997) y se caracteriza por la descentralización de la regulación del uso del suelo, delegándose en los concejos municipales la elaboración autónoma de los planes de ordenamiento territorial y (iii) la tercera etapa se ha presentado en los últimos años con la realización de múltiples esfuerzos por el Gobierno Nacional de recobrar influencia en la elaboración de los planes de ordenamiento territorial y en la gestión urbana a través de los macroproyectos.

7.1. La regulación del uso del suelo por el Gobierno Nacional

La Constitución de 1886 no estableció normas especiales sobre el uso del suelo, sin embargo, otorgó al Congreso de la República funciones dirigidas a limitar o regular la apropiación o adjudicación de tierras,⁷⁷ conceder autorizaciones al gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos o enajenar bienes nacionales,⁷⁸ decretar las obras públicas⁷⁹ y aprobar o desaprobar los contratos o convenios que celebre el Presidente de la República con particulares, compañías o entidades políticas.⁸⁰ En virtud de estas facultades el Gobierno Nacional reguló el uso del suelo en Colombia,⁸¹ mientras que las entidades territoriales fueron relegadas a ser meras ejecutoras administrativas.⁸²

⁷⁷ Colombia, Constitución Nacional de 1886, artículo 76, numeral 22.

⁷⁸ Colombia, Constitución Nacional de 1886, artículo 76, numeral 9.

⁷⁹ Colombia, Constitución Nacional de 1886, artículo 76, numeral 17.

⁸⁰ Colombia, Constitución Nacional de 1886, artículo 76, numeral 14.

⁸¹ En virtud de estas facultades el Congreso expidió diversas leyes que regulaban el uso de bienes de uso público y las limitaciones al derecho de dominio de bienes particulares dentro de las cuales debe destacarse el Código Civil, el cual establece las primeras limitaciones al uso del suelo, tales como: la prohibición de construir en bienes de uso público y fiscales (Artículo 679 del C.C.), la imposibilidad de realizar construcciones sobre bienes de propiedad de la Nación (Artículos 680 y 681 del C.C.), la prohibición de que se consideren de propiedad privada las aguas que no nacen y mueren en el mismo predio (Artículo 677 del C.C.) y las limitaciones especiales al derecho de dominio como la propiedad fiduciaria, el usufructo, el uso y la habitación (Artículo 793 del C.C.).

⁸² La Constitución de 1886 no otorgaba ninguna competencia directa a las entidades territoriales relacionada con el manejo del suelo, pues apenas señala que el alcalde es el titular de la acción administrativa y que el Concejo tiene funciones “para la administración del Distrito; votar, en conformidad con las ordenanzas expedidas por las Asambleas, las contribuciones y gastos locales; llevar el movimiento anual de la población; formar el censo civil”. En virtud de esta situación las entidades territoriales estuvieron al margen de las limitaciones al uso del suelo, las cuales eran reguladas en el Código Civil y su cumplimiento podía ser demandado ante los jueces de la república.

El Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4º de 1913) tampoco contempló una regulación general sobre el uso del suelo de propiedad privada y solamente concedió a los concejos municipales competencia respecto de la adjudicación, entrega y uso de los terrenos comunales y baldíos cedidos al Municipio,⁸³ pero no frente al uso de bienes privados, cuyo uso solamente siguió limitado por las reglas del Código Civil.

La Ley 200 de 1936 “*sobre régimen de tierras*”,⁸⁴ establecía “en favor de la Nación la extinción del derecho de dominio o propiedad sobre los predios rurales en las cuales se dejare de ejercer posesión en la forma establecida en el artículo 1º de esta ley, durante diez años continuos”.⁸⁵ En este sentido, la Ley 200 de 1936 deja nuevamente a un lado a las entidades territoriales y otorga competencias directamente al Gobierno Nacional para declarar la extinción del dominio privado por su no explotación y para declarar zonas de conservación, reforestación y aprovechamiento industrial.⁸⁶

Por su parte, la Ley 135 de 1961, “*Sobre reforma social agraria*”, creó una serie de instituciones nacionales destinadas a promover el mejoramiento de las condiciones del campo y de sus trabajadores, tales como el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria⁸⁷ (INCORA), otorgándole funciones encaminadas a administrar a nombre del Estado las tierras baldías de propiedad nacional, adjudicarlas o constituir reservas y adelantar colonizaciones sobre ellas y a promover el desarrollo del sector rural y de sus habitantes,⁸⁸

⁸³ Colombia, Constitución Nacional de 1886, artículo 169.

⁸⁴ Acto Legislativo no. 1 de 1936 consagró en su artículo décimo la función social de la propiedad, mientras que su artículo 11 otorgaba al Estado competencias para intervenir para racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, *disposición en virtud de la cual se promulgó* la Ley 200 de 1936.

⁸⁵ Colombia, Congreso de la República, Ley 200 de 1936, artículo 6.

⁸⁶ Colombia, Congreso de la República, Ley 200 de 1936, Artículo 10 “El Gobierno procederá a señalar las zonas dentro de las cuales deben conservarse y repoblarse los bosques ya sea en baldíos o en propiedad particular, con el fin de conservar o aumentar el caudal de las aguas (...) Queda facultado el Gobierno para señalar en terrenos baldíos zonas de reserva forestal, y para reglamentar el aprovechamiento industrial de los producias forestales que estime conveniente, ya sea en terrenos baldíos o en propiedad particular, así como para señalar las sanciones en que incurran los contraventores a las disposiciones que dicten en desarrollo de lo establecido en este artículo”.

⁸⁷ Colombia, Congreso de la República, Ley 135 de 1961, artículo 2.

⁸⁸ Colombia, Congreso de la República Ley 135 de 1961, artículo 3.

el Consejo Social Agrario,⁸⁹ los procuradores agrarios,⁹⁰ el Fondo Nacional Agrario,⁹¹ las Corporaciones Regionales de Desarrollo⁹² y los Organismos Locales de la Reforma y Asociación Campesina.⁹³

7.2. La descentralización del uso del suelo

A partir del año 1989 comenzó el proceso de reforma urbana, enfocado en la regulación del uso del suelo por las entidades territoriales a través de normas urbanísticas y del plan de ordenamiento territorial:

La primera reforma urbana se promulgó a través de la Ley 9 de 1989 que consagró que los planes de desarrollo de los municipios *deberán contener* “un plan y un reglamento de usos del suelo y cesiones obligatorias gratuitas, así como normas urbanísticas específicas”,⁹⁴ documentos que constituyen los principales antecedentes de los planes de ordenamiento territorial.

La Constitución de 1991 otorgó a los concejos municipales la función de “reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda”,⁹⁵ así como también le confirió a los territorios indígenas la función de “velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios”.⁹⁶

En desarrollo de esta norma, la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo (Ley 152 de 1994) señaló que “para el caso de los municipios, además de los planes de desarrollo regulados por la presente Ley, contarán con un plan de ordenamiento que se regirá por las disposiciones especiales sobre la materia”,⁹⁷ norma que exigió que todo municipio o distrito cuente con un plan de ordenamiento territorial.

⁸⁹ Colombia, Congreso de la República Ley 135 de 1961, artículo 9.

⁹⁰ Colombia, Congreso de la República, Ley 135 de 1961, artículo 12.

⁹¹ Colombia, Congreso de la República Ley 135 de 1961, artículo 14.

⁹² Colombia, Congreso de la República Ley 135 de 1961, artículo 19.

⁹³ Colombia, Congreso de la República, Ley 135 de 1961, artículo 101.

⁹⁴ Colombia, Congreso de la República, Ley 9ª de 1989, artículo 2.1.

⁹⁵ Colombia Constitución Política de 1991, artículo 313.7.

⁹⁶ Colombia, Constitución política de 1991, artículo 330.

⁹⁷ Colombia, Congreso de la República, Ley 152 de 1994, artículo 41.

La Ley 388 de 1997 constituyó la segunda ley de reforma urbana y definió los planes de ordenamiento territorial como:

Un conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas, emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, en ejercicio de la función pública que les compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales.⁹⁸

Esta ley define el ordenamiento territorial como:

Un conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas, emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, en ejercicio de la función pública que les compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales.⁹⁹

En este sentido, se delega la acción urbanística a las entidades distritales y municipales definiéndolas como las “decisiones administrativas y (...) las actuaciones urbanísticas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo”.¹⁰⁰ En virtud de lo anterior se exige que cada municipio y distrito cuente con un plan de ordenamiento territorial que deberá definir los objetivos y estrategias territoriales de largo y mediano plazo que complementarán, desde el punto de vista del manejo terri-

⁹⁸ Colombia, Congreso de la República, Ley 388 de 1997, artículo 5.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Colombia, Congreso de la República, Ley 388 de 1997, artículo 8

torial, el desarrollo municipal y distrital.¹⁰¹ Este plan de ordenamiento territorial deberá tener dos componentes: uno urbano que integra políticas de mediano y corto plazo, procedimientos e instrumentos de gestión y normas urbanísticas¹⁰² y un componente rural como instrumento para garantizar la adecuada interacción entre los asentamientos rurales y la cabecera municipal, la conveniente utilización del suelo rural y las actuaciones públicas tendientes al suministro de infraestructuras y equipamientos básicos para el servicio de los pobladores rurales.¹⁰³

¹⁰¹ Colombia, Congreso de la República, Ley 388 de 1997, artículo 12.

¹⁰² Según el artículo 13 de la Ley 388 de 1997, el componente urbano del Plan de Ordenamiento Territorial tiene los siguientes elementos:

1. Las políticas de mediano y corto plazo sobre uso y ocupación del suelo urbano y de las áreas de expansión.
2. La localización y dimensionamiento de la infraestructura para el sistema vial, de transporte y la adecuada intercomunicación de todas las áreas urbanas y la proyectada para las áreas de expansión; la disponibilidad de redes primarias y secundarias de servicios públicos a corto y mediano plazo; la localización prevista para los equipamientos colectivos y espacios libres para parques y zonas verdes públicas de escala urbana o zonal, y el señalamiento de las cesiones urbanísticas gratuitas correspondientes a dichas infraestructuras.
3. La delimitación de las áreas de conservación y protección de los recursos naturales, paisajísticos y de conjuntos urbanos, históricos y culturales, de conformidad con la legislación general aplicable a cada caso y las normas específicas que los complementan en la presente ley; así como de las áreas expuestas a amenazas y riesgos naturales.
4. La determinación, en suelo urbano y de expansión urbana, de las áreas objeto de los diferentes tratamientos y actuaciones urbanísticas.
5. La estrategia de mediano plazo para el desarrollo de programas de vivienda de interés social.
6. Las estrategias de crecimiento y reordenamiento de la ciudad.
7. La determinación de las características de las unidades de actuación urbanística.
8. La especificación de la naturaleza, alcance y área de operación de los macroproyectos urbanos.
9. La adopción de directrices y parámetros para la formulación de planes parciales.
10. La definición de los procedimientos e instrumentos de gestión y actuación urbanística requeridos para la administración y ejecución de las políticas y decisiones adoptadas.
11. La expedición de normas urbanísticas.

¹⁰³ Colombia, Congreso de la República, Ley 388 de 1997, artículo 14. "Las políticas de mediano y corto plazo sobre ocupación del suelo en relación con los asentamientos humanos.

1. El señalamiento de las condiciones de protección, conservación y mejoramiento de las zonas de producción agropecuaria, forestal o minera.
2. La delimitación de las áreas de conservación y protección de los recursos naturales, paisajísticos, geográficos y ambientales.
3. La localización y dimensionamiento de las zonas determinadas como suburbanas.
4. La identificación de los centros poblados rurales y la adopción de las previsiones necesarias para orientar la ocupación de sus suelos y la adecuada dotación de infraestructura de servicios básicos y de equipamiento social.

La Corte Constitucional se ha referido en diversas ocasiones al plan de ordenamiento territorial destacando que

(...) es fundamental para una adecuada organización del municipio y para la ejecución de obras indispensables con miras al desarrollo social y comunitario, de donde se desprende que la falta de plan viene a impedir el progreso y el crecimiento organizado y planificado del municipio o distrito, llegando a paralizar la realización de muchos proyectos que se requieren en distintos campos.¹⁰⁴

Por otro lado, también ha manifestado que “corresponde a los departamentos y municipios desarrollar la preceptiva legal por la vía del ejercicio de su competencia de regulación normativa, con miras a satisfacer las necesidades locales, teniendo en cuenta las peculiaridades propias de su ámbito territorial”.¹⁰⁵ De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la regulación del uso del suelo es una competencia del concejo municipal de acuerdo con la ley.¹⁰⁶

Por lo anterior, la jurisprudencia constitucional reconoce que la elaboración de los planes de ordenamiento territorial por parte de los concejos municipales es fundamental para la autonomía territorial y para el desarrollo de los municipios.¹⁰⁷

-
5. La determinación de los sistemas de aprovisionamiento de los servicios de agua potable y saneamiento básico de las zonas rurales a corto y mediano plazo y la localización prevista para los equipamientos de salud y educación.
 6. La expedición de normas para la parcelación de predios rurales destinados a vivienda campestre” (Énfasis fuera de texto).

¹⁰⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C-051 de 2001, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo y C-117 de 2006, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-351 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁰⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C-431 de 2000, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; C-765 de 2006, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería; C-117 de 2006 M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño; T-408 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁰⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-051 de 2001, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo y C-117 de 2006 M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

7.3. El resurgimiento de la centralización del uso del suelo

El Gobierno Nacional ha venido recobrando muchas competencias que había perdido en el ordenamiento territorial del uso del suelo, mediante diversas iniciativas legislativas que buscan la realización de macroproyectos de interés nacional, los cuales, si bien tienen fines loables como ampliar la cobertura de vivienda y la infraestructura, terminan modificando profundamente los planes de ordenamiento territorial, alterando de modo radical la planeación urbana de los municipios:

El Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, aprobado mediante la Ley 1151 de 2007 consagró los Macroproyectos de Interés Social Nacional frente a los cuales señaló expresamente su incorporación a los planes de ordenamiento territorial y su prevalencia respecto de cualquier norma municipal o territorial.¹⁰⁸ Esta norma fue declarada inconstitucional en la Sentencia C-149 de 2010 por considerarse que desplazaba las competencias de los concejos municipales o distritales en materia de adopción, elaboración, revisión y ejecución de los POT.¹⁰⁹

La Ley 1151 de 2007 fue reglamentada a través del decreto 4260 de 2007, el cual confirma la prevalencia de los macroproyectos sobre los planes de ordenamiento territorial.¹¹⁰ En este decreto se establece además

¹⁰⁸ Colombia, Congreso de la República, Ley 1151 de 2007, artículo 79: “Los macroproyectos de interés social nacional constituyen determinantes de ordenamiento de superior jerarquía para los municipios y distritos en los términos del artículo 10 de la Ley 388 de 1997 y se entienden incorporados en sus planes de ordenamiento territorial. Para el efecto, las acciones urbanísticas de los municipios y distritos que se adopten en las áreas que hagan parte de macroproyectos de interés social nacional serán concertadas con el Gobierno Nacional. En todo caso, las licencias y/o planes parciales para el desarrollo de los macroproyectos de interés social nacional se otorgarán con sujeción a las normas adoptadas en estos últimos”.

¹⁰⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-149 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: “Como lo demuestra la exposición sobre el alcance de la norma demandada, los MISN desplazan las competencias constitucionalmente asignadas a los concejos municipales o distritales en materia de adopción, elaboración, revisión y ejecución de los POT, en asuntos de alto impacto para el desarrollo de los municipios o distritos. Para la Sala, desplazar las competencias de los concejos en el proceso de adopción de los POT dando prioridad a lo establecido en los MISN, significa desconocer las competencias que el Constituyente asignó a las mencionadas corporaciones administrativas mediante el artículo 313, numerales 1 y 7 de la Carta Política”.

¹¹⁰ Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 4260 de 2007, artículo 30: “Determinantes. De conformidad con lo previsto en el artículo 79 de la Ley 1151 de 2007, los macroproyectos son determinantes que se constituyen en normas de superior jerarquía en los términos del artículo 10 de la Ley 388 de 1997, y se entenderán incorporados en los Planes de Ordenamiento Territorial de los municipios

la obligación de las entidades territoriales de concertar con el Ministerio cualquier actividad urbanística que deban desarrollar en el área de los macroproyectos o presentar observaciones sobre los mismos.¹¹¹

Años más tarde, el Gobierno expidió el decreto 4821 de 2010 dentro de los decretos de la emergencia ambiental, el cual creó los Proyectos Integrales de Desarrollo Urbano (PIDU) que tenían dos categorías: los de categoría 1, que no requieren aprobación de la entidad territorial en la cual se aplicarán, y los de categoría 2, que requieren la ratificación del concejo municipal correspondiente pues permiten la modificación de las normas urbanísticas que regulan el uso y aprovechamiento del suelo del plan de ordenamiento territorial vigente.¹¹²

En este sentido, los PIDU requieren la aprobación de un proyecto de acuerdo que contenga las modificaciones a las normas de uso y aprovechamiento del suelo del plan de ordenamiento territorial que se requieran para asegurar la viabilidad del respectivo PIDU.¹¹³ En todo caso se consagra que “transcurridos veinte (20) días calendario desde la presentación de la propuesta de modificación a las normas del plan de ordenamiento sin que el Concejo Municipal o distrital apruebe las modificaciones al mismo, el Alcalde podrá adoptarlo mediante decreto.”¹¹⁴

y distritos, así como en las directrices de ordenamiento de las áreas metropolitanas. En los procesos de revisión y ajuste de los Planes de Ordenamiento Territorial los municipios y distritos deberán dar estricto cumplimiento a las disposiciones contenidas en los respectivos Macroproyectos”.

¹¹¹ Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 4260 de 2007, artículo 11: “Aviso a los municipios y distritos. Formulado el Macroproyecto, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial dará aviso mediante comunicación escrita a los representantes legales de los municipios y/o distritos en cuya jurisdicción se ejecutará el Macroproyecto, con el propósito de que las acciones urbanísticas que pretendan desarrollar estas entidades territoriales en las áreas que hagan parte del Macroproyecto sean concertadas con el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Los alcaldes de los municipios o distritos en los cuales se vayan a ejecutar los Macroproyectos contarán con un término máximo de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de recibo del aviso para que presenten propuestas u observaciones.

Si dentro del plazo establecido, el Ministerio no hubiere recibido propuestas u observaciones, podrá adoptar el Macroproyecto. Las observaciones que presenten los municipios y distritos deberán resolverse en el acto administrativo de adopción”.

¹¹² Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 4821 de 2010, artículo 2°.

¹¹³ Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 4821 de 2010, artículo 3.2.4.

¹¹⁴ Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 4821 de 2010, artículo 9.

Adicionalmente, este decreto modificó la clasificación del suelo,¹¹⁵ reguló las *condiciones para adelantar actuaciones de urbanización* en suelo urbano y de expansión urbana.¹¹⁶ varió el término para el *otorgamiento de licencias urbanísticas*¹¹⁷ y estableció la posibilidad de ampliación del área de planificación y gestión de los macroproyectos de interés social nacional que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto se encuentren adoptados.¹¹⁸

La nueva Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Ley 1454 de 2011) afianza este modelo, otorgándole a la Nación competencias en el ordenamiento territorial que afianzan sus facultades en la injerencia en asuntos de interés nacional relacionados con el derecho urbano, permitiendo que elabore los lineamientos del proceso de urbanización y el sistema de ciudades y que determine la localización de grandes proyectos de infraestructura, áreas limitadas en uso por seguridad y defensa, parques naturales y áreas de importancia histórica y cultural.¹¹⁹

El 30 de junio de 2011 se expidió la Ley 1469 de 2011, por la cual se adoptaron medidas para promover la oferta de suelo urbanizable y se adoptan otras disposiciones para promover el acceso a la vivienda. Esta ley permite la injerencia del Gobierno Nacional en el ordenamiento territorial municipal o distrital a través de la figura de los macroproyectos de interés social nacional.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 4821 de 2010, artículo 10.

¹¹⁷ Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 4821 de 2010, artículo 11.

¹¹⁸ Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 4821 de 2010, artículo 13.

¹¹⁹ Colombia, Congreso de la República, Ley 1454 de 2011, artículo 29: “Son competencias de la Nación y de las entidades territoriales en materia de ordenamiento del territorio, las siguientes:

1. De la Nación
 - a. Establecer la política general de ordenamiento del territorio en los asuntos de interés nacional: áreas de parques nacionales y áreas protegidas.
 - b. Localización de grandes proyectos de infraestructura.
 - c. Determinación de áreas limitadas en uso por seguridad y defensa.
 - d. Los lineamientos del proceso de urbanización y el sistema de ciudades.
 - e. Los lineamientos y criterios para garantizar la equitativa distribución de los servicios públicos e infraestructura social de forma equilibrada en las regiones.
 - f. La conservación y protección de áreas de importancia histórica y cultural.
 - g. Definir los principios de economía y buen gobierno mínimos que deberán cumplir los departamentos, los Distritos, los municipios, las áreas metropolitanas, y cualquiera de las diferentes alternativas de asociación, contratos o convenios plan o delegaciones previstas en la presente ley”.

Los macroproyectos de interés social nacional podrán localizarse en suelos urbanos, de expansión urbana o rural, los cuales, si bien deben ser concertados con la entidad territorial en la cual se apliquen, generan inmediatamente la pérdida de la autonomía de la entidad territorial en los siguientes aspectos:

- a) En primer lugar, a través de los macroproyectos de categoría 2 podrán realizarse modificaciones de las normas urbanísticas previstas en el plan de ordenamiento territorial vigente, cuando ello resulte necesario para asegurar la viabilidad de la operación urbana que se adopta con el macroproyecto.¹²⁰
- b) En segundo lugar, una vez aprobado el macroproyecto el mismo prevalecerá sobre cualquier otra ley de ordenamiento territorial.¹²¹

¹²⁰ Colombia, Congreso de la República, Ley 1469 de 2011, artículo 4.2: “2. Macroproyecto Categoría 2: La definición, además de lo previsto en el numeral anterior, de las posibles modificaciones de las normas urbanísticas previstas en el plan de ordenamiento territorial vigente, cuando ello resulte necesario para asegurar la viabilidad de la operación urbana que se adopta con el macroproyecto. En estos casos, la adopción del macroproyecto implicará la aprobación previa del concejo municipal o distrital de la modificación de dichas normas, sobre la base de un convenio entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y el alcalde del respectivo municipio o distrito acerca de la oportunidad, conveniencia y posibilidad de la nueva solución de ordenamiento.

Parágrafo 1°. Con el fin de promover la articulación de las diferentes categorías de macroproyectos de que trata este artículo, con las políticas y estrategias de vivienda de interés social de los planes de ordenamiento territorial, el Gobierno Nacional reglamentará las condiciones mínimas de área y suelo útil destinado a vivienda de interés social y prioritaria que deban cumplir los macroproyectos, teniendo en cuenta las categorías de municipios de que trata la Ley 617 de 2000 y el déficit habitacional de las entidades territoriales.

Parágrafo 2°. Para efectos de lo previsto en esta ley, cuando se haga referencia al plan de ordenamiento territorial se entenderá que hace alusión a todos los tipos de planes previstos en el artículo 9° de la Ley 388 de 1997”.

¹²¹ Colombia, Congreso de la República, Ley 1469 de 2011, artículo 10: “Efectos de la adopción. La adopción de los Macroproyectos de Interés Social Nacional producirá, de conformidad con su contenido, los siguientes efectos:

1. La prevalencia de sus normas que serán, por tanto, de obligada observancia por parte de los municipios y distritos en las posteriores revisiones y modificaciones de sus planes de ordenamiento territorial.
2. La obligatoriedad del cumplimiento de sus disposiciones por todas las personas de derecho público y privado. Para el efecto, las licencias urbanísticas para el desarrollo de los Macroproyectos de Interés Social Nacional se otorgarán con sujeción a las normas adoptadas en los mismos. Los macroproyectos no requerirán de planes parciales, ni ningún otro instrumento de planeamiento urbano para su desarrollo.

- c) En tercer lugar, las licencias urbanísticas para el desarrollo de los Macroproyectos de Interés Social Nacional se otorgarán con sujeción a las normas adoptadas en los macroproyectos y no a lo señalado en las normas de la entidad territorial correspondiente.

7.4. El impacto de los macroproyectos a nivel nacional

En la actualidad se están construyendo megaproyectos en todo el país,¹²² incluyendo por supuesto también algunas ciudades de la Costa Atlántica como Barranquilla y Cartagena, situación que podría dar soluciones de vivienda a miles de colombianos, pero que también podría llegar a cambiar completamente la configuración del ordenamiento territorial regional, pues, como ya se dijo, una vez aprobados estos proyectos prevalecen sobre los planes de ordenamiento territorial y podrían generar diversos problemas en especial entre la Nación y los municipios, tal como ha sucedido con algunos de ellos:

- a) Macroproyecto “Ciudad Verde”: Soluciones a problemas de vivienda ajenos al municipio que pueden crear dificultades para el mismo. En Soacha se construye el macroproyecto “Ciudad Verde” de 327 hectáreas, destinado a la construcción de más de 36.000 viviendas para solucionar el déficit en Bogotá. Tal proyecto cambiará completamente las condiciones de este municipio y exigirá cuantiosas inversiones en transporte y servicios públicos en un proyecto destinado a satisfacer las necesidades de vivienda de otra ciudad (Bogotá).¹²³

-
- 3. “La destinación de los predios e inmuebles incluidos en su ámbito de planificación y/o gestión a los usos urbanos y aprovechamientos que resulten aplicables en virtud de las disposiciones del macroproyecto”.

¹²² Macroproyectos de Interés Social Nacional MISN adoptados: 1. Altos de Santa Elena, Cali (Valle): 46,63 hectáreas y 5.000 viviendas), 2. Ciudadela San Antonio, Buenaventura (Valle): 214,91 hectáreas y 4.000 viviendas), 3. Ecociudad Navarro, Cali (Valle): 67,32 hectáreas y 6.000 viviendas; 4. Villas de San Pablo, Barranquilla (Atlántico): 133,31 Hectáreas y 18.871 viviendas; 5. Ciudad del Bicentenario, Cartagena (Bolívar): 388,04 hectáreas y 65.138 vivienda; 6. Nuevo Occidente “Viviendas con Corazón hacia Territorios Equitativos”, Medellín (Antioquia): 162,38 hectáreas y 11.455 viviendas, 7. Bosques de San Luis, Neiva (Huila): 36,73 hectáreas y 3.928 viviendas, 9. Ciudad Verde, Soacha (Cundinamarca): 327,96 hectáreas y 42.000 viviendas, 10. Ciudadela Gonzalo Vallejo Restrepo, Pereira (Risaralda): 162,84 hectáreas y 7.500 viviendas, 11. La Italia, Palmira (Valle): 97,07 hectáreas y 6.026 viviendas.

¹²³ Sobre este proyecto se pronunció en entrevista ante el diario *El Tiempo* el alcalde de Soacha: “Aunque José Ernesto Martínez, alcalde saliente de Soacha, destacó que los proyectos impulsan el desarrollo, lo preocupa que si hoy la autopista Sur no tiene capacidad para soportar más tráfico, menos la

- b) Construcción en humedales o zonas destinadas a la explotación agrícola. En Mosquera se construyen los macroproyectos “Ciudadela San Antonio”, “Ciudad Florecer” y “Pesqueras” en una zona cercana al río Bogotá y próxima a varios humedales y a zonas utilizadas tradicionalmente para la explotación agrícola en un proyecto que de igual modo está destinado a satisfacer las necesidades de vivienda de otra ciudad.¹²⁴

En conclusión, las últimas leyes urbanísticas y de ordenamiento territorial han revivido competencias del Gobierno Nacional en la regulación del uso del suelo permitiendo su injerencia en los planes de ordenamiento territorial.

8. Los retos de las entidades territoriales indígenas

8.1. Las entidades territoriales indígenas en la Constitución de 1991

A partir del reconocimiento a nivel constitucional de los derechos de los pueblos indígenas a la autodeterminación,¹²⁵ a la protección de su identidad

tendrá en el futuro. ‘Esta vía ya colapsó; se necesitan vías alternas perimetrales. Además, Soacha tiene un solo hospital. ¿Cómo va a atender a tanta gente?’, se preguntó Martínez. El asunto de Transmilenio también le genera inquietud al ex alcalde. ‘Si llegan 160.000 personas más al municipio, el sistema debe tener más rutas, más buses y más estaciones’, dijo” (*El Tiempo*: “Megaciudadelas ponen a prueba a Soacha y Mosquera”, en http://www.eltiempo.com/colombia/cundinamarca/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10935824.html).

¹²⁴ Sobre estos proyectos se han señalado críticas por parte del Gobernador de Cundinamarca:

“Aunque los proyectos Ciudad Verde, Ciudad Florecer y Pesqueras, que suman 68 mil unidades de vivienda, reducirán el déficit en la sabana, hay quienes los ven con preocupación (...). Para el gobernador de Cundinamarca, Álvaro Cruz, los megaproyectos se convertirán en una ‘bomba de tiempo’ que impactará el desarrollo y la infraestructura de los municipios. ‘Está bien que se construyan, pero no como está pasando en Soacha, donde se va a duplicar o casi triplicar la población, sin que se construya un acueducto óptimo y colegios que respondan a la demanda educativa, sin que se generen oportunidades de empleo y sin que haya zona industrial. Eso así no llegará a ninguna parte’, le dijo Cruz a *El Tiempo*”. (*El Tiempo*: “Megaciudadelas ponen a prueba...”, *op. cit.*

¹²⁵ El derecho a la libre determinación o la autonomía de los pueblos indígenas y tribales comprende al menos tres ámbitos de protección, como precisó la Corte en la Sentencia T-973 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo: “En el primer ámbito se encuentra el derecho general de las comunidades a participar en la toma de cualquier decisión que pueda concernirles. Esta primera prerrogativa se manifiesta a su vez de al menos dos formas: (i) en el derecho a la consulta previa de todas las decisiones que les conciernan directamente y (ii) en un derecho general de participación respecto de otras decisiones que les afecten indirectamente. El segundo ámbito de protección de la libre determinación comprende el derecho de las comunidades étnicas a participar en la toma de decisiones políticas. A nivel nacional, el derecho a la

cultural y al territorio,¹²⁶ el artículo 286 superior señala: “Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y *los territorios indígenas*” (Énfasis fuera de texto).

El origen de este reconocimiento comienza con la creación de los resguardos en el siglo XVI, después de que se presentara una merma significativa de la población indígena a causa de las arduas jornadas de trabajo en agricultura y minería, impuestas por los encomenderos y titulares de “composiciones”, y la propagación de enfermedades infectocontagiosas en la época de la Colonia.¹²⁷ Como señalan algunos académicos, la creación de los resguardos significó un primer paso en el reconocimiento de derechos políticos a los indígenas como sujetos titulares de la tierra. A su vez, permitió la preservación de las tradiciones culturales, al menos en el interior de dichos espacios.¹²⁸

participación en las decisiones políticas se concreta, como se indicó en la Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil, en ámbitos como los siguientes: ‘(1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias y (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales’. Finalmente, el tercer ámbito de protección se refiere al derecho al autogobierno de las comunidades étnicas. A nivel nacional se concreta, por ejemplo, en el artículo 246 superior, que permite a las autoridades indígenas ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, en el artículo 286, según el cual los territorios indígenas son entidades territoriales, y en el artículo 330, que indica que los territorios indígenas deben ser gobernados por consejos conformados según los usos y costumbres de la respectiva comunidad.

¹²⁶ Ver Sentencia T-693 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ver también Fabio Alberto Ruiz García, “La construcción de la territorialidad para los grupos étnicos en Colombia. Los resguardos indígenas y los territorios colectivos de las comunidades negras”. En *Revista de información básica*, Vol 1, No. 2. Consultada el 23 de agosto de 2012: http://www.dane.gov.co/revista_ib/html_r2/articulo7_r2.htm

¹²⁷ Ver *op.cit.*, “Es con el desarrollo de la Composición como se formaliza el derecho de propiedad individual, pues esta figura abre, para los conquistadores, la posibilidad de adquirir la tierra a la Corona y la mano de obra indígena atada a ella, previa evidencia de su explotación productiva. Igualmente permitió a los encomenderos convertirse en propietarios dando origen a las primeras haciendas”.

¹²⁸ *Ibidem*. Sin embargo, Ruiz García anota: “No obstante, este principio, quedó reducido al papel, ya que en el plano concreto uno de sus efectos fue confinar espacialmente a las comunidades indígenas y despojarlas de las mejores tierras mediante capitulaciones, situación que consolidó la estructura de tenencia de la tierra, latifundio-minifundio, que incluso hoy caracteriza al país”.

Durante el periodo de la República, la Ley 89 de 1890 reconoció derechos a los resguardos. Sin embargo, esto fue precedido de un proceso de exterminio derivado de la consolidación de grandes latifundios y del proceso de mestizaje y aparición del campesinado ligado a las grandes haciendas.¹²⁹

Finalmente, el siglo XX se caracterizó por un complejo panorama de luchas indígenas, principalmente en el área andina, que condujeron a reformas como la Ley 200 de 1936, que reconoció la función social de la propiedad; la Ley 135 de 1961 o Ley de Reforma Social Agraria, que creó el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) y contempló, entre sus funciones, la compra de tierras para su distribución entre la población campesina y la ratificación del Convenio 107 de la OIT de 1957, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, cuyo “planteamiento central era delimitar ciertas zonas de tierras baldías con carácter legal de reservas indígenas, colocando esta figura como una forma provisional de adjudicación. Estos mecanismos de titulación generaron una agria polémica acerca del tipo de validez y la forma que debía tener esta reforma”.¹³⁰ En la década de 1980 se establece una política estatal más clara sobre el tema manifestada, por ejemplo, en la Ley 30 de 1988 que prohíbe la entrega de tierras indígenas como si fueran baldíos, y en la ratificación del Convenio 169 de la OIT en 1989 con el que el Estado se comprometió a adecuar su legislación interna y a implementar medidas para la protección de los derechos de esta población.

Este proceso culmina con la Constitución de 1991, que implicó un cambio significativo en las relaciones entre los pueblos indígenas, el Estado y la sociedad colombiana. A nivel territorial, la Constitución (i) ratificó el carácter legal de los resguardos (art. 63), (ii) les otorgó carácter inalienable, imprescriptible e inembargable (art. 329), (iii) previó la existencia de entidades territoriales indígenas (art. 286), (iv) indicó que los territorios indígenas se gobernarían por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades (art. 330), (v) señaló que algunas de las funciones de estos consejos se relacionarían con la regulación del uso del suelo y poblamiento de sus territorios, la administración de los recursos, la definición de sus prioridades de desarrollo, la preservación de los recursos naturales, el

¹²⁹ *Ibidem.*

¹³⁰ *Cfr. ibidem.*

mantenimiento del orden público y la representación política de la comunidad en otras instancias de decisión (art. 330).

Sin embargo, la Constitución delegó a la ley la definición de varios asuntos trascendentales como (i) la definición —por ley orgánica de ordenamiento territorial— de las condiciones para la conformación de las entidades territoriales indígenas (art. 329); y (ii) la definición de las relaciones y la coordinación entre las entidades territoriales indígenas y las demás entidades territoriales (art. 329). Además, el artículo 56 transitorio dio facultades al gobierno para expedir normas que aseguraran el funcionamiento de las nuevas entidades, mientras se expedía la respectiva ley orgánica.

8.2. Las dificultades de la conformación de las entidades territoriales indígenas

Panorama actual: desarrollo legal incipiente

En desarrollo de las anteriores disposiciones constitucionales, el decreto 1809 de 1993 reconoció estatus de municipios a todos los resguardos constituidos hasta su entrada en vigencia, para efectos de su participación en los ingresos corrientes de la Nación.¹³¹ Este decreto buscaba dotar a los resguardo de autonomía para la administración de las transferencias de las que son beneficiarios. Luego, la Ley 715 de 2001 —que desarrolló el Sistema General de Participación y reemplazó el esquema de transferencias previsto originalmente en el texto constitucional— previó una partida específica del 0,52% con destino exclusivo a los resguardos indígenas.

De otro lado, la Ley 160 de 1994 estableció que el INCORA debía estudiar las necesidades de tierra de las comunidades indígenas, llevar a cabo estudios de títulos de los resguardos existentes y, cuando fuera necesario, constituir o ampliar los resguardos y sanear aquellos ocupados por personas que no hicieran parte de la respectiva comunidad.

A su turno, la Ley 152 de 1994 —Ley Orgánica del Plan Nacional de Desarrollo— previó la posibilidad de que los pueblos indígenas elaboraran

¹³¹ “Artículo 1o. “Para los efectos previstos en el artículo 357 de la Constitución Política, todos los resguardos indígenas legalmente constituidos a la fecha de expedición del presente Decreto serán considerados como Municipios”.

Planes Integrales de Vida, en los que de forma concertada y según sus usos y costumbres, definieran sus prioridades de desarrollo.¹³²

No obstante, otras disposiciones han tendido a limitar la autonomía inicialmente reconocida. Por ejemplo, el artículo 3 del decreto 1386 de 1994 dispuso que la participación en los ingresos corrientes de la Nación a la que tenían derecho los resguardos debían ser administradas por los alcaldes o gobernadores de las entidades territoriales en donde se encontrara ubicado el respectivo resguardo.¹³³ A continuación, el artículo 5 definía el destino que los resguardos debían dar a los recursos.¹³⁴

Reglas similares fueron introducidas en la Ley 715 de 2001 después de la aprobación del acto legislativo 01 de 2001 que creó el Sistema General de Participaciones.¹³⁵ Además, el mismo artículo señaló enfáticamente que las autoridades indígenas no podrían administrar los recursos de las transferencias

¹³² El inciso segundo del artículo 31 de la ley 152 señala: “Las autoridades de las entidades territoriales indígenas definirán en los alcances y los procedimientos para la elaboración, aprobación, ejecución, evaluación y seguimiento de los planes, de acuerdo con sus usos y costumbres, atendiendo los principios generales de esta Ley y haciendo compatibles los tiempos de presentación y la articulación con los procesos presupuestales, de tal manera que se logre la coordinación y concertación de la planeación con las autoridades de las demás entidades territoriales y con la Nación”.

¹³³ “Artículo 3o. De conformidad con lo previsto en los artículos 25 de la Ley 60 de 1993 y 2o del decreto 1809 de 1993, los alcaldes o gobernadores de las entidades territoriales en donde se encuentre ubicado el respectivo resguardo, administrarán los recursos a que tienen derecho los resguardos indígenas. La administración de estos recursos es una obligación legal a cargo de las autoridades de las entidades territoriales y no causa erogación alguna para el resguardo indígena”.

¹³⁴ “Artículo 5o. “La participación de los resguardos en los ingresos corrientes de la Nación, de que tratan los artículos 25 de la Ley 60 de 1993 y 2o. del Decreto 1809 de 1993, se regirá por las siguientes reglas: (...) 1. La participación a que tiene derecho cada resguardo deberá destinarse exclusivamente a inversiones que beneficien a su población. (...) 2. Los recursos de la participación se invertirán atendiendo a los sectores de inversión contemplados en el artículo 21 de la Ley 60 de 1993, en cuanto ello sea compatible con el fuero y los usos y costumbres de las comunidades indígenas. Para efectos de determinar los subsectores a que hace referencia el artículo 21 de la Ley 60 de 1993, también se tendrán en cuenta los usos y costumbres de estas comunidades. Para estos efectos, no son obligatorios los criterios definidos en el artículo 22 de la misma Ley. (...) Los gastos que se requieran para la elaboración y gestión de los proyectos de inversión se considerarán como parte de los gastos del mismo, siempre y cuando no superen el 10% del total de la participación de cada resguardo”.

¹³⁵ El artículo 83 de la Ley 715 dispone: “Los recursos asignados a los resguardos indígenas, serán administrados por el municipio en el que se encuentra el resguardo indígena. Cuando este quede en jurisdicción de varios municipios, los recursos serán girados a cada uno de los municipios en proporción a la población indígena que comprenda. Sin embargo, deberán manejarse en cuentas separadas a las propias de las entidades territoriales y para su ejecución deberá celebrarse un contrato entre la entidad territorial y las autoridades del resguardo, antes del 31 de diciembre de cada año, en la que se determine

sino hasta que se conformaran en entidades territoriales indígenas¹³⁶ —posibilidad inexistente debido a que no ha sido regulada por el legislador orgánico; y dispuso el destino específico de las transferencias—. ¹³⁷

Para el caso de los recursos de las regalías, el artículo 11 de la Ley 756 de 2002 establece también que solamente cuando los territorios indígenas se constituyan en entidades territoriales pondrán administrar directamente los recursos.¹³⁸

8.3. Dificultades que enfrenta la creación de entidades territoriales indígenas

Las entidades territoriales indígenas previstas en el artículo 286 de la Constitución aún no han tenido desarrollo legal. Su creación enfrenta varias *dificultades*:

¿Es necesaria una ley orgánica que establezca los requisitos para su conformación?

En primer lugar, existe una discusión sobre la interpretación del artículo 286 superior, especialmente sobre si los territorios indígenas, para ser reconocidos como entidades territoriales, requieren reconocimiento y regulación por

el uso de los recursos en el año siguiente. Copia de dicho contrato se enviará antes del 20 de enero al Ministerio del Interior”.

¹³⁶ El inciso tercero dispone: “Cuando los resguardos se erijan como Entidades Territoriales Indígenas, sus autoridades recibirán y administrarán directamente la transferencia”.

¹³⁷ El inciso 4 señalaba: “Los recursos de la participación asignados a los resguardos indígenas deberán destinarse a satisfacer las necesidades básicas de salud incluyendo la afiliación al Régimen Subsidiado, educación preescolar, básica primaria y media, agua potable, vivienda y desarrollo agropecuario de la población indígena. En todo caso, siempre que la Nación realice inversiones en beneficio de la población indígena de dichos resguardos, las autoridades indígenas dispondrán parte de estos recursos para cofinanciar dichos proyectos”. Recientemente, la ley 1450 de 2011 amplió el margen de autonomía para la administración de estos recursos en tanto dispuso: “Los recursos de la participación asignados a los resguardos indígenas serán de libre destinación para la financiación de proyectos de inversión debidamente formulados, e incluidos en los planes de vida o de acuerdo con los usos y costumbres de los pueblos indígenas. Los proyectos de inversión deberán estar incluidos en el contrato de administración celebrado con el respectivo municipio o departamento, en concordancia con la clasificación de gastos definida por el Decreto-Ley 111 de 1996”.

¹³⁸ El parágrafo del artículo 11 de la ley 756 indica: “Cuando el resguardo indígena sea una entidad territorial, podrá recibir y ejecutar los recursos directamente, en caso diferente, los recursos serán recibidos y ejecutados por los municipios en concertación con las autoridades indígenas por el respectivo municipio, atendiendo lo establecido en el presente artículo”.

medio de una ley orgánica, o si su reconocimiento como entidades territoriales se deriva del propio texto constitucional.

Los pueblos indígenas alegan que el texto del artículo 286 no condiciona el reconocimiento de los territorios indígenas como entidades territoriales a su desarrollo por ley orgánica, como sí ocurre con las regiones y las provincias.¹³⁹ Aseguran que esta exégesis es reforzada por el texto del artículo 56 transitorio que solicitó al Gobierno Nacional asegurar el funcionamiento “de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales”.

Otros sectores aseveran que para el reconocimiento de los territorios indígenas como entidades territoriales sí se requiere una ley orgánica que defina las condiciones para el efecto. En esta línea interpretativa se encuentran los artículos de la Leyes 715 y 756 que no permiten a las autoridades indígenas administrar directamente los recursos del Sistema General de Participación y las regalías hasta tanto no se constituyan como entidades territoriales.

La jurisprudencia constitucional también ha apoyado esta interpretación, por ejemplo, en la Sentencia C-921 de 2007,¹⁴⁰ la Corte declaró exequible el artículo 83 de la Ley 715 de 2001 sobre la administración de los recursos del Sistema General de Participaciones de los resguardos por los municipios donde se ubican hasta que se conviertan en entidades territoriales.¹⁴¹ A juicio de la Corte, la Constitución diferencia entre resguardos y entidades territoriales indígenas, y estas últimas solamente podrán constituirse cuando una ley orgánica regule los requisitos para el efecto.¹⁴² Más recientemente, en la Sentencia C-489

¹³⁹ El artículo 286 de la Carta dispone: “Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. (...) La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley”.

¹⁴⁰ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴¹ En relación con los contratos que se deben celebrar entre los municipios y los resguardos para la administración de los recursos, la Corte adoptó el siguiente condicionamiento: “Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, el inciso segundo del artículo 83 de la Ley 715 de 2001, en el entendido de que, dentro del marco de la Constitución y la ley, en el proceso de celebración y suscripción del contrato se debe asegurar el respeto de los derechos a la identidad étnica y cultural y a la participación de los resguardos; y, en caso de discrepancia sobre el uso de los recursos, prevalecerá la decisión adoptada por las autoridades del respectivo resguardo”.

¹⁴² La Corte afirmó: “En efecto, como la ley orgánica de ordenamiento territorial no se ha expedido, los territorios indígenas no se han conformado como entidades territoriales indígenas, circunstancia que tiene directa incidencia en la forma como se asignan los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones a los resguardos indígenas como beneficiarios de los mismos. (...) 5.5. Cabe recordar, que la estructura del Estado dispuesta en la Constitución, se organizada en tres ramas del poder público,

de 2012,¹⁴³ la Corte exhortó al Congreso para que se expida una ley orgánica que regule la conformación de entidades territoriales indígenas y resaltó la urgencia de dicha normativa.

Finalmente, vale la pena mencionar que el Gobierno Nacional, por medio del Proyecto de Acto Legislativo 03 de 2003, buscó fijar a nivel constitucional esta interpretación, en tanto pretendió introducir el siguiente cambio en el artículo 286 superior: “son entidades territoriales (...) las entidades territoriales indígenas”. Esta reforma al final no fue aprobada, pero en la práctica sigue imperando esta interpretación.¹⁴⁴

Entre tanto, los líderes indígenas reclaman la definición de las condiciones para la conformación de las entidades territoriales indígenas con las siguientes características:¹⁴⁵

- Reconocimiento de las entidades territoriales indígenas bajo la idea de la autonomía del territorio, así como de los espacios ancestrales —hábitat— en los que los pueblos indígenas desarrollan tradicionalmente sus actividades sociales, políticas, económicas y culturales, al margen de la extensión del territorio y de la población (además debe tenerse en cuenta que muchos pueblos indígenas tienen poblaciones muy pequeñas debido al exterminio del que han sido objeto).
- Definición de las competencias de los gobernadores indígenas y de los gobernantes de las demás entidades territoriales.
- Delimitación de las competencias ambientales de las autoridades indígenas.

la legislativa, la ejecutiva y la judicial (art. 113). Por su parte, la descentralización territorial, para el cumplimiento de funciones y servicios a cargo del Estado, requiere la existencia de entidades territoriales, las que, por mandato de la Carta, son los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas (art. 286), y que éstos últimos, para su conformación, requieren la expedición de la ley orgánica de ordenamiento territorial (art. 329); también se dispuso, que las Gobernaciones y alcaldías, forman parte de la rama ejecutiva (art. 115)” (Énfasis fuera de texto).

¹⁴³ M.P. Adriana María Guillén Arango.

¹⁴⁴ Ver Bastidas Calderón, Edith Magnolia, “Entidades territoriales indígenas: objeciones para su conformación y delimitación”. Monografía para optar el título de Magistra en Estudios Políticos. Universidad Javeriana, 2009.

¹⁴⁵ Ver Piñacué Achicué, Jesús Enrique, “Entidades indígenas territoriales y ordenamiento territorial”. Consultado el 23 de agosto de 2012 en: <http://www.sogeocol.edu.co/documentos/3enti.pdf>. Ver también Bastidas Calderón, Edith Magnolia, *op. cit.*

- Reconocimiento de los tributos que se pagan al interior de las comunidades.
- Constitución en espacios territoriales contiguos, no aislados.
- Fortalecimiento de la capacidad de las autoridades indígenas para administrar los recursos de las transferencias.
- Autonomía para la definición de la estructura administrativa de la entidad territorial indígena y para reglar aspectos como el uso del suelo.

Bibliografía

Colombia, Constitución Política de 1991.

Colombia, Constitución Política de 1886.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1454 de 2011 Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.

Colombia, Congreso de la República, Ley 141 de 1994.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1283 de 2009.

Colombia, Congreso de la República, Ley 756 de 2002.

Colombia, Congreso de la República, Ley 344 de 1996.

Colombia, Congreso de la República, Ley 508 de 1999.

Colombia, Congreso de la República, Ley 135 de 1961.

Colombia, Congreso de la República, Ley 388 de 1997.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1151 de 2007.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1469 de 2011.

Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 4821 de 2010.

Colombia, Congreso de la República, Acto Legislativo 05 de 2011.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-126 de 1993, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-517 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 1996, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-600A de 1995, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-061 de 1993 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-423 de 1994, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2001 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 2001, Magistrado Ponente, Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-920 de 2001, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 2001, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-723 de 2004, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2009, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-077 de 2012, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-567 de 1995, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-207 de 2000, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-509 de 2008, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-894 de 2003, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-534 de 1996, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-495 de 2006, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 1996, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-894 de 2003 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-149 de 2010, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 1996, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-921 de 2007, Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-489 de 2012, Magistrado Ponente Adriana María Guillén Arango
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-051 de 2001, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-117 de 2006 Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.
- Arias López, Jaime, “Fines del Estado”, Ponencia para Primer Debate en Plenaria. en: Gaceta Constitucional No. 93, Bogotá D.E. sábado 8 de junio de 1991.
- Barney Caldas, Benjamín, “Minería y patrimonio”, en *El Espectador*, Colombia, 2011 en <http://www.elspectador.com/impreso/columna-260790-mineria-y-patrimonio>
- Bastidas Calderón Edith Magnolia, “Entidades territoriales indígenas: objeciones para su conformación y delimitación”. Monografía para optar el título de Magistra en Estudios Políticos. Universidad Javeriana, 2009.
- Departamento Nacional de Planeación, “Ley de Ordenamiento Territorial busca elevar la competitividad”, en *Boletín de Prensa*, Colombia, en <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=Nj0Ac7auebg%3D&tabid=1246>
- Estupiñán Achury, Liliana, *Desequilibrios territoriales*, Doctrina y Ley- Editorial Universidad del Rosario, 2012.
- Fals Borda, Orlando, “Foro Javeriano”, en: <http://forojaveriano.blogspot.com/2012/03/la-loot-nueva-frustracion-de-la-region.html>,
- Fals Borda, Orlando. *Historia doble de la costa: retorno a la tierra*. Tall. Panamericana, 2002: <http://www.bdigital.unal.edu.co/1402/12/10CAPI09.pdf>
- González, Jorge Iván, “La frágil Ley de ordenamiento territorial”, en *Congreso Visible*, Colombia, 2011, en <http://www.congresovisible.org/agora/blog-del-cinepprograma-por-la-paz/361/>.
- González, Jorge Iván, “La frágil ley de ordenamiento territorial”, en *Cien días vistos por CINEP/PPP No 73*, en <http://www.razonpublica.com/index.php/recomendado/2034-la-ley-organica-de-ordenamiento-territorial-loot-una-causa-perdida-para-la-autonomia-regional-.html>.
- Jaimes Infante, Oscar, “La frágil Ley de Ordenamiento Territorial”, en El frente, Colombia, en <http://elfrente.com.co/index.php/opiniones/columnistas/item/3501-la-fr%C3%A1gil-ley-de-ordenamiento-territorial>.

- Lerma Carreño, Carlos Alberto, “La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Loot): una causa perdida para la autonomía regional”, en *Razón Pública, Colombia*, 2011, en <http://www.razonpublica.com/index.php/recomendado/2034-la-ley-organica-de-ordenamiento-territorial-loot-una-causa-perdida-para-la-autonomia-regional-.html>.
- Molano Alfredo, “La Guajira despresada”, en *El Espectador*, Colombia, en <http://www.elespectador.com/impreso/nacional/articulo-352210-guajira-despresada>
- Moreno Cristian, “Regalías: el proyecto de la discordia”, *Semana*, Colombia, 11 de octubre de 2010. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/regalias-proyecto-discordia/145843-3.aspx>
- Piñacué Achicué, Jesús Enrique, “Entidades indígenas territoriales y ordenamiento territorial”, en: <http://www.sogeocol.edu.co/documentos/3enti.pdf>, del 23 de agosto de 2012.
- Verano de la Rosa, Eduardo, “La nueva Ley de Ordenamiento Territorial es centralista”, en *El Informador*, Colombia, 2011, en http://www.elinformador.com.co/index.php?option=com_content&view=article&id=18413:la-nueva-ley-de-ordenamiento-territorial-es-centralista-gobernador-eduardo-verano&catid=81:distrito&Itemid=458.

La articulación entre las competencias nacionales y territoriales. El caso de los macroproyectos de interés social nacional

Luis Ernesto Vargas Silva*

Sumario

1. Introducción: Las tensiones constitucionales entre las competencias nacionales y territoriales. — 2. Las fórmulas constitucionales de articulación y preservación del grado de autonomía de las entidades territoriales. 2.1 El principio del Estado unitario. 2.2. El grado de autonomía de las entidades territoriales. 2.3. Los derechos de las entidades territoriales. 2.4. Los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. — 3. Los problemas “genéricos” derivados de las reglas jurídicas que articulan los ámbitos nacional y local. 3.1. El “poder histórico” del centralismo administrativo. 3.2. El carácter mixto y traslapado del sistema de distribución de competencias. 3.3. El desbalance en las finanzas públicas entre las entidades territoriales. 3.4. La centralización de la planeación administrativa — 4. Los macroproyectos de interés social nacional como escenario de demostración de la tensión entre lo territorial y lo

* Magistrado de la Corte Constitucional, Abogado de la Universidad Libre de Colombia, especializado en derecho de familia de la misma Universidad, doctorando en derecho privado, derecho de la persona y de la familia de la Universidad de Zaragoza (España), y ha prestado sus servicios a la judicatura colombiana durante 34 años: comenzó su carrera judicial como Juez promiscuo municipal de Suesca y luego fue Juez civil municipal de Bogotá, civil del circuito de Zipaquirá y 22° Civil del Circuito de Bogotá, Magistrado en encargo del Tribunal Superior de Bogotá y por concurso de méritos, en propiedad del Tribunal Superior de Cundinamarca. Ha sido catedrático en varias Universidades del país y conferencista en la Universidad Española de Educación a Distancia UNED, y, en varios países latinoamericanos. Fue conferencista en el V Foro mundial de Jueces en Belem do Pará, y ha sido becario del Poder judicial de España para cursar estudios en derecho comunitario en la Escuela Judicial de Barcelona y derecho constitucional en Cádiz. Ha escrito numerosos ensayos, y es autor de varios libros.

nacional. — 5. Análisis de las reglas jurisprudenciales que resuelven el debate sobre la afectación de la autonomía territorial por los macroproyectos de interés social nacional. — 6. Conclusión. — Bibliografía.

1. Introducción. Las tensiones constitucionales entre las competencias nacionales y territoriales

Uno de los rasgos distintivos de las sociedades contemporáneas es su compleja diversidad. Esta condición cuestiona profundamente la vigencia y utilidad del concepto de Nación como factor aglutinador de las agrupaciones políticas institucionales, siendo la primera de ellas el Estado. El proyecto nacional tuvo un lugar preponderante en la conformación de los Estados, precisamente llamados nacionales, a finales del siglo XVIII. Así, es un lugar común sostener que uno de los rasgos que define al Estado moderno, de corte liberal clásico, es la centralización del poder político, primero en los regímenes monárquicos y luego en la asamblea representativa de las primigenias democracias. Para lograr esta centralización era imperativo que la sociedad integrada en un sistema político dado fuera consciente, o al menos voluntariamente convencida, de la concurrencia de parámetros culturales comunes, que cimentaran una concepción de pertenencia, primero de súbditos y luego de ciudadanos que facilitara la permanencia en esa comunidad política.

Por supuesto, esta es la visión tradicional y errada, en mi criterio, de la construcción de los proyectos nacionales. Esta perspectiva homogeneizadora se enfrenta a, al menos, dos tipos de comprobaciones fácticas que le restan eficacia. La primera, relativa a la inevitable diversidad antes mencionada, que lleva a que cada Estado, entendido como organización política, albergue varias regiones, comprendidas no solo desde el punto de vista geográfico sino, estas sí, como comunidades humanas que comparten prácticas sociales definidas; la segunda, relacionada con el carácter arbitrario y artificial del Estado como comunidad política. La pertenencia a un sistema estatal es la mayoría de las veces, si no todas, impuesta y ajena. Un ejemplo de ello es la conformación de los Estados africanos luego del proceso de descolonización, cuyas fronteras fueron definidas al acomodo de las potencias que ejercieron el dominio en esos territorios y al margen de toda consideración acerca de las comunidades allí asentadas, imposición cuyas sangrientas consecuencias se mantienen vigentes.

Estas particularidades explican que desde diversas posturas y teorías se hayan propuesto soluciones de articulación entre la necesidad presente

de mantener la centralización del poder político en el Estado y el reconocimiento de la diversidad de las regiones y grupos humanos. Estas respuestas pasan, obligatoriamente, por la definición de diseños institucionales tendientes a satisfacer, como veremos de forma incompleta, ambos extremos de la tensión planteada. En este marco de referencia, el propósito de esta ponencia es exponer una breve síntesis de las soluciones que desde el constitucionalismo colombiano se han expresado respecto de la tensión entre el mantenimiento de un proyecto nacional, vía incorporación del principio de Estado unitario, y la protección de las competencias que emanan del grado de autonomía que la Carta Política reconoce a las autonomías territoriales.

Para cumplir con este propósito, en todo caso limitado en razón del espacio asignado para estos fines, esta exposición partirá de identificar los conceptos centrales que la Constitución prevé para articular el ámbito nacional y territorial, relativos al principio de Estado unitario y su interacción con el principio de autonomía territorial, los derechos constitucionales de las entidades territoriales y los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, en tanto fórmulas de mediación entre los extremos anotados.

En un segundo momento describiré lo que considero son los *problemas genéricos* a los que se enfrentan esas fórmulas de articulación. La tesis que sustenta este debate consiste en advertir que la ausencia de eficacia del propósito del Constituyente de dotar de un grado de autonomía suficiente se explica en (i) el poder histórico que tiene en Colombia el centralismo administrativo, (ii) el carácter mixto del sistema de competencias entre la Nación y los entes territoriales, enmarcado en la sujeción del grado de autonomía constitucionalmente reconocido a las reglas legales de origen nacional, (iii) las limitaciones de recaudo fiscal de la mayoría de entes territoriales y (iv) el desbalance y la relación de dependencia existente entre la planeación nacional y la decidida por los órganos locales de representación popular.

Por último, ejemplificaré los elementos de juicio anteriores mediante un estudio de caso, en relación con las normas legales en materia de *macroproyectos de vivienda de interés social nacional*. Considero que este caso se muestra especialmente pertinente para evidenciar el debate entre el Congreso y el Gobierno, titulares por excelencia de las competencias nacionales o de poder centralizado, frente a la protección de los derechos de las entidades territoriales a decidir acerca de asuntos enteramente locales, como es la destinación del suelo. La importancia del caso radica en que pone de presente varios de los

problemas genéricos antes señalados, cuya respuesta es encomendada a la Corte Constitucional, la cual adopta una decisión que, aunque está basada de manera correcta en la preservación de las competencias territoriales, genera a su vez nuevos interrogantes, relacionados con la ausencia de herramientas de transición cuando se trata del cumplimiento de deberes constitucionales del Estado cuyo cumplimiento es imperioso, como es la satisfacción del derecho a la vivienda de personas en situación de especial vulnerabilidad, muchas veces ubicadas en las zonas más deprimidas del país y, por ende, donde mayores problemas se evidencian, en términos de ejercicio de las competencias territoriales.

2. Las fórmulas constitucionales de articulación y preservación del grado de autonomía de las entidades territoriales

Las complejas relaciones sociales del mundo contemporáneo, la revolución de las comunicaciones y la globalización, de un lado, y el rescate de valores comunitarios, raizales, indígenas, y en general identitarios, del otro, imposibilitan en la práctica la permanencia de regímenes estatales de centralización política. Se hace imperativo, en ese orden de ideas, crear fórmulas institucionales que reconozcan la evidente diversidad étnica y regional, y les confieran ámbitos más o menos extensos de autogobierno.

Identifico, al menos de forma preliminar, dos grandes grupos de arreglo institucional que responden a la necesidad expuesta. El primero, referido a los *Estados federales o federativos*, en donde el ordenamiento jurídico está a la búsqueda de una clara división orgánica entre las competencias asignadas a nivel federal (generalmente seguridad y defensa exterior, relaciones internacionales y ciertos ámbitos del régimen impositivo), y al nivel estadual (concentradas en regulación legal interna, administración de justicia y, en especial, prestación de servicios públicos y de infraestructura). El segundo, que responde a varios grados de reconocimiento del autogobierno local, género donde se ubican aquellos *Estados autonómicos*, cuyo caso paradigmático es España y respecto del cual se concentrarán otros autores en el presente trabajo, o formas de *descentralización administrativa o de autonomía territorial relativa*, a la que pertenece el diseño constitucional colombiano.

Un entendimiento en extremo tradicional y simplificado de esta división sostendría que la diferencia entre ambos modelos consiste en que, mientras los Estados federales o federativos responden a un modelo institucional de férrea diferenciación de competencias, donde se reducen las “zonas grises”

en la distribución de funciones y potestades entre el nivel federal y local; los regímenes de autonomía o descentralizados, en cambio, presentan mayores complejidades en la articulación de lo nacional y lo local, debido a la confluencia, e incluso contradicción, entre dichas competencias y facultades.

Esta comprensión es equivocada, pues la práctica constitucional ha demostrado que tanto en uno como en otro caso, los debates sobre la definición de las fronteras entre ambos niveles de gobierno son intensos. Así, por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos desde el siglo XIX ha proferido distintas decisiones que han fijado la interpretación de la constitución estadounidense sobre los límites de las competencias federales y estatales en diversos aspectos y frente a temas recurrentes, como el poder de los estados para ejercer el comercio, la facultad de imposición de impuestos a nivel federal y la posibilidad que desde ese nivel se dispongan determinadas modalidades de intervención en la economía.¹

Ahora bien, el propósito de esta exposición es concentrarse en las dificultades que ofrecen los modos de articulación que, en el caso colombiano, se han previsto por el derecho constitucional para resolver las tensiones entre el ámbito nacional y el territorial. Encuentro que el campo de estudio sobre este tópico es amplio y prometedor. Las relaciones entre la Nación y el territorio en Colombia son intrínsecamente complejas, puesto que están fundadas en la superposición de competencias constitucionales y legales, en un marco de distribución desigual tanto de recursos de todo tipo, como de fortalezas institucionales. Ante esa realidad es posible encontrar cuatro modalidades de articulación, cuyos aspectos esenciales expondré brevemente, en razón de que han sido objeto de análisis recurrente los conversatorios base de la presente obra. Estas fórmulas refieren a (i) el principio de Estado unitario, (ii) el grado de autonomía constitucionalmente reconocido a las entidades territoriales, (iii) los derechos de estas entidades y (iv) los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

2.1. El principio de Estado unitario

La nota distintiva del Estado colombiano respecto de los regímenes federales o federativos es su definición como unitario, lo que explica que esa

¹ Para una presentación de las decisiones más importantes sobre este tópico, *Vid.* Sullivan Kathleen, Gunther Gerald, *Constitutional Law*, 15ª ed., Foundation Press, Nueva York, 2004.

caracterización participe de los demás elementos esenciales previstos en el concepto de Estado constitucional (art. 1° C.P.). Advierto que este principio responde a dos funciones principales que explican en buena parte su contenido: el Estado unitario cumple una labor aglutinadora del ejercicio del poder político y sirve como parámetro de justificación de la acción estatal centralizada.

En cuanto a la primera es válido señalar que uno de los factores que tuvo mayor incidencia en la conformación del Estado nación colombiano luego del proceso de independencia, fue el movimiento pendular entre opciones centralistas y federalistas. La conformación de Colombia a partir de sus regiones, la falta de concordancia temporal en los procesos de colonización y extensión de la frontera agraria, al igual que claras diferencias idiosincráticas y de costumbres, llevaron a una permanente inestabilidad en el siglo XIX en lo referente al mantenimiento de la unidad política. Así, luego del fallido intento federal de la Constitución de Rionegro, los demás textos constitucionales fueron precisos en disponer la unidad del Estado como una de sus características definitorias. Por ende, antes que cualquier otra consideración, el principio de Estado unitario es una previsión jurídica que pretende contrarrestar la diversidad fáctica de las regiones. Es, en ese orden de ideas, la respuesta desde el Derecho a una realidad sociopolítica que, si bien no evidencia una separación territorial irrefrenable, sí tiende a la fragmentación.

Respecto a lo segundo, esta caracterización predefine el papel del Estado unitario como herramienta que permite validar acciones jurídicas particulares que son expresión del grado de intervención del poder central en las regiones. Así, la jurisprudencia constitucional es consistente en apelar al principio de Estado unitario para, entre otras muchas facetas, circunscribir el grado de autonomía de los órganos territoriales de control fiscal,² decidir la validez de la decisión del legislador respecto de la composición de los órganos locales de representación popular,³ concluir que la ausencia de representación de un ente territorial específico no genera la inexequibilidad de las previsiones legislativas así aprobadas por el Congreso,⁴ o diferenciar entre los recursos endógenos y exógenos de las entidades territoriales, a fin de delimitar el nivel

² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-832/02, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-920/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-759/04, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

de regulación constitucionalmente admisible de la ley respecto de la destinación de esos ingresos fiscales.⁵ En cada uno de estos escenarios, el principio de Estado unitario ha servido como referente para la justificación del actuar del poder central, generalmente representado en el Legislativo, respecto de asuntos que atañen al ejercicio del autogobierno de las entidades territoriales.

Por lo tanto, el principio de Estado unitario es, ante todo, la instancia de legitimación constitucional *prima facie* de la actividad, desarrollada por el nivel nacional, de ejercicio del poder político en asuntos de incidencia de las entidades territoriales. La jurisprudencia constitucional, de este modo, ha entendido que esa actuación es compatible con los postulados de la Carta Política, pues refleja dicho reconocimiento del carácter integrador del Estado unitario. En ese sentido, solo aquellas decisiones legislativas que involucran afectaciones de los derechos o lo que se ha denominado el núcleo esencial de autonomía territorial, devienen inconstitucionales.

2.2. El grado de autonomía de las entidades territoriales

Lo señalado hasta aquí permite evidenciar que la autonomía de las entidades territoriales es un ámbito protegido constitucionalmente, pero que carece de carácter absoluto. Es por ello que la jurisprudencia de la Corte ha preferido hacer referencia a un *grado de autonomía*, comprendido como un grupo de facultades y derechos de las entidades territoriales que, en cualquier caso, están enmarcadas tanto por el carácter integrador del principio de Estado unitario, como por las decisiones del legislador. Aquí el mandato constitucional es suficientemente esclarecedor, en el sentido que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la ley (art. 287 C.P.). Incluso, esta relación de subordinación es confirmada al adscribir al legislador la facultad para distribuir las competencias entre la Nación y las entidades territoriales, a través de la Ley de Ordenamiento Territorial (Art. 288 C.P.).

La sujeción de la autonomía territorial a la ley, en mi criterio, configura en sí misma una fórmula de articulación entre lo local y lo nacional. Se está ante un modelo descentralizado en lo administrativo, por lo que el ámbito de autogobierno al que me he venido refiriendo responde a un objeto específico:

⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1183/08, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

la gestión de los intereses locales. Esto excluye varios escenarios que continúan siendo ejercidos por el poder nacional, en muy diferentes materias que van desde la seguridad y defensa hasta la administración del sistema de salud o la administración de justicia.

Es por estas premisas que la autonomía de las entidades territoriales no opera como un mecanismo auto fundado, como sí sucede respecto del principio de Estado unitario, sino que responde al *grado de reconocimiento* que el ordenamiento jurídico y en especial las reglas constitucionales le confiere. Se trata, en ese orden de ideas, de un poder limitado por el Derecho, más no fáctico. Quiere ello decir que la autonomía territorial, al menos para el caso colombiano, es ante todo una construcción normativa, que por supuesto responde a una realidad sociológica particular, pero que no tiene origen exclusivo, o al menos mayoritario, en el ejercicio del poder local. En últimas, el peso específico de la centralización en el ejercicio del poder político es sustancialmente mayor al alcanzado por los entes territoriales, asunto que no deja ser paradójico en lo que muchos consideramos un *país de regiones*.

2.3. Los derechos de las entidades territoriales

Las premisas anteriores llevarían a considerar, entonces, que el nivel de intervención constitucionalmente admisible al grado de autonomía es alto, al punto que terminaría del todo subordinado a los órganos y autoridades centralizadas. Esta inferencia, con todo, no es acertada a la luz del siguiente mecanismo de articulación, esta vez referido con la previsión de *derechos de las entidades territoriales*.

La técnica utilizada por el Constituyente en este caso es *sui generis*, pues optó por conceder derechos a un grupo de entes, fórmula que es exclusiva de este caso. La Constitución confiere a las entidades y órganos estatales facultades, competencias y prerrogativas, más no derechos, reservados al ámbito personal subjetivo. Advierto que esta distinción es particularmente importante, puesto que el hecho de que las entidades territoriales tengan derechos lleva por necesidad a que su contenido sea tanto una posición jurídica exigible ante las diferentes autoridades, como un límite al ejercicio del poder político.

Esta es la interpretación asumida por la jurisprudencia constitucional. En tal sentido se ha concluido por la Corte que los derechos de las entidades territoriales a gobernarse por sus autoridades propias, ejercer las competen-

cias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos para el cumplimiento de sus funciones, al igual que participar en las rentas nacionales, conforman el *núcleo mínimo* de protección del grado de autonomía antes explicado. Sobre el particular, la Corte ha señalado que “[l]a garantía de la autonomía de las entidades territoriales se concreta a través de un contenido básico que debe ser defendido por toda autoridad pública y, muy especialmente, durante el ejercicio de la potestad legislativa. Dicho contenido está configurado por unos derechos mínimos reconocidos a esas entidades”.⁶

Los derechos mencionados, así comprendidos, operan como restricción material para la acción regulatoria del poder centralizado, en especial la actividad legislativa. Por ende, han funcionado como parámetro para el análisis de constitucionalidad de las previsiones legales que fijan herramientas de intervención en el grado de autonomía de las entidades territoriales. La comprensión de estos derechos como fórmula de articulación, entonces, se explica en la tarea que cumplen en tanto límite a la validez de dichas regulaciones. Como exponen otros participantes de este trabajo, la regla común de las decisiones de la Corte Constitucional que han declarado la inexequibilidad de normas que versan sobre las entidades territoriales, se funda en el desconocimiento de los derechos previstos en el artículo 287 C.P. Se trata, en últimas, de derechos exigibles judicialmente ante este Tribunal, cuyo contenido tiene un mayor peso que una mera asignación constitucional de competencia o prerrogativa.

2.4. Los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad

Ante la tensión verificable en el ejercicio de las competencias entre el ámbito local y el nacional, la Constitución determinó que su ejercicio está sometido a la eficacia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Estos principios han sido comprendidos por la jurisprudencia constitucional como instrumentos de prelación y ajuste entre las facultades del poder centralizado y de los entes territoriales, respecto de los ámbitos de regulación e implementación de políticas en que confluyen.

El principio de coordinación ha sido caracterizado por la jurisprudencia de la Corte como la obligación que las competencias nacional y territorial

⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1112/01, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

actúen de forma armónica, de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal.⁷ De acuerdo con este mismo precedente, dicha coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas.

Frente al principio de subsidiariedad, la jurisprudencia constitucional utiliza el criterio de proximidad del servicio con el ciudadano y diferencia entre la faceta positiva y negativa del principio. Así, se considera que, de acuerdo con la faceta positiva, corresponde a las entidades territoriales el ejercicio de las competencias respecto de la atención de requerimientos más cercanos a las personas, esto a partir de un criterio de racionalidad administrativa y de respeto al principio democrático, pues es claro que en el nivel local se conocen de mejor manera las necesidades comunitarias. De igual manera, conforme con la faceta negativa, la actuación del poder centralizado en dichos servicios “cercanos” se muestra válida solo si se comprueba que las entidades territoriales sean manifiestamente incapaces o ineficientes para prestar el servicio o ejercer la competencia respectiva.⁸

Por último, el principio de concurrencia parte de reconocer, como se ha venido señalando en esta exposición, que en la mayoría de escenarios las competencias nacional y local actúan simultáneamente, lo que exige que (i) se permita la acción estatal de cada uno de los entes responsables de la satisfacción del correspondiente servicio y (ii) la distribución de competencias regulada por el legislador sea efectiva, de modo que impida que, en virtud de la pluralidad de agentes facultados, se facilite la omisión o irresponsabilidad en el ejercicio de la función pública por parte de alguno de ellos.

Estos conceptos demuestran que la jurisprudencia constitucional está interesada en que la articulación de las competencias tienda a la satisfacción efectiva de los derechos que dependen de la actuación estatal. Por lo tanto, la regulación sobre este tópico debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, signados por el cumplimiento de ese primigenio deber superior.

⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-149/10, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸ *Ibidem*.

3. Los problemas “genéricos” derivados de las reglas jurídicas que articulan los ámbitos nacional y local

Las fórmulas de articulación, desde su perspectiva normativa, están dirigidas a hacer operativa la concurrencia de competencias asignadas al ámbito nacional y local, de modo que se logre la satisfacción de los derechos cuya eficacia depende del ejercicio de tales potestades. Sin embargo, advierto que ese arreglo normativo se ve frecuentemente truncado por circunstancias fácticas, derivadas de una distribución irregular del grado de autonomía, sumada a particularidades de la institucionalidad colombiana, que dificultan el balance propuesto desde lo normativo. Así, identifiqué cuatro grupos de problemas que ameritan ser analizados brevemente: (i) el “poder de convicción histórico” del centralismo administrativo, (ii) el carácter mixto y traslapado del sistema de distribución de competencias, (iii) la ausencia de balance en los ingresos fiscales entre las entidades territoriales y (v) la prevalencia de instrumentos centralizados de planeación.

3.1. El “poder histórico” del centralismo administrativo

Visto desde una perspectiva amplia, la previsión constitucional de la descentralización administrativa es un experimento reciente y que ha sido excepcional en la tradición jurídica nacional. Exceptuándose la cortísima vigencia de la Constitución de 1863 y los cambios incrementales incorporados en la reforma constitucional de 1968, que tuvieron como punto de llegada la actual Carta Política, Colombia ha sido esencialmente centralista. El temor de disgregación regional, justificado después de sucesivas guerras civiles y que luego vino a ser acendrado a raíz de la separación de Panamá, hizo que la Constitución de la Regeneración fijara un férreo régimen de poder centralizado, que conjurara esos peligros y que se mantuviera por varias décadas.

La permanencia del centralismo administrativo generó, en mi criterio, su propia inercia institucional, que aún tiene consecuencias palpables. La conformación del poder centralizado, merced de la tradición, se muestra más robusta y significativamente más importante que los ámbitos locales de autonomía. Los grandes problemas nacionales, y muchos otros, deben necesariamente pasar por las instituciones centralizadas para lograr una respuesta oportuna y con pretensión de ser definitiva. Esta prevalencia responde tanto a un criterio fáctico como simbólico. El primero, derivado de la innegable concentración de recursos y esfuerzos institucionales en el poder central, que llevan

a que sea esa instancia la que se muestre habilitada como última instancia para la satisfacción de los derechos, incluso cuando el ordenamiento confiere la competencia correspondiente al ámbito local. El segundo, que se origina desde el punto de vista de las comunidades y los ciudadanos, quienes por lo general consideran que sus reclamos en términos de protección de derechos son adecuada y suficientemente atendidos por parte del poder central y, a su vez, asumen que la actuación de las instancias locales es apenas preliminar y, por lo mismo, insuficiente.

Esta inercia del poder centralizado explica, del mismo modo, el desbalance entre el peso institucional del ámbito nacional frente al territorial. El arraigo del centralismo hace que, como se hará referencia más adelante, las instancias centralizadas se muestren más robustas en su conformación institucional y sean, como regla general, más estables y menos susceptibles a ser cooptadas o subvertidas por acciones externas, legales o ilegales, que los entes y órganos territoriales. Sin embargo, ello en modo alguno significa que la respuesta central sea más efectiva, sino que simplemente es percibida como más importante. Se trata, en últimas, en una percepción ciudadana derivada, justo de la faceta simbólica de ese “poder histórico” al que me he referido.

3.2. El carácter mixto y traslapado del sistema de distribución de competencias

Considero que sí debe hallarse la principal fortaleza de los sistemas federales o federativos es su pretensión de precisa delimitación de competencias entre el ámbito estadual y el federal. Este modelo de ejercicio del poder político responde a la asignación, más no delegación, de atribuciones a los Estados, quienes son enteramente autónomos y responsables en su ejercicio y cumplimiento. Aunque no se trata de una división férrea y unívoca, como antes lo señalé, en cualquier caso busca que la división sea lo suficientemente clara para evitar los choques entre los ámbitos señalados.

No sucede lo mismo con el modelo colombiano, inserto en la descentralización administrativa y la concesión de un grado de autonomía. En este caso, ante el ejercicio de una misma competencia o servicio público, el ordenamiento jurídico hace uso de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad antes explicados, para determinar cuál es el campo de acción y las responsabilidades a cargo del poder centralizado y de las entidades territoriales. Esa delimitación dista de ser categórica y, antes bien, es caldo de

cultivo para “zonas grises” e inflexibilidades, que terminan por afectar la adecuada prestación de servicios y la satisfacción de los derechos.

Piénsese en el caso puntual, actualmente discutido, de la prestación de los servicios de seguridad social en salud, en especial para el caso del régimen subsidiado, que, como es sabido, está basado en un modelo de subsidio a la demanda. El marco normativo general del sistema es de competencia privativa del legislativo, quien define las competencias de los entes nacionales y locales. Dentro de esa distribución se confiere a las entidades territoriales, entre muchas otras tareas, la contratación con las instituciones prestadoras de salud subsidiada, al igual que el ejercicio de la inspección, vigilancia y control de esas instituciones, por lo general llevada a cabo por las secretarías de salud. No obstante, esas instancias carecen de todo margen de incidencia en la definición de las políticas nacionales sobre la materia y, por ende, quedan irremediablemente vinculadas a las disposiciones que, de manera detallada, regulan las modalidades de atención, sin otorgar campo de maniobra a las entidades territoriales, quienes son las que efectivamente prestan el servicio mediante la contratación mencionada. A su vez, las regulaciones nacionales ofrecen serios desafíos frente a determinados escenarios de atención, como sucede con la población vinculada, donde no existe una suficiente delimitación entre la responsabilidad de municipios y departamentos. Así, no son extraños en la jurisprudencia constitucional los casos en que se niegan prestaciones médicas debido a la mutua atribución de responsabilidad entre esos entes territoriales.

Como se observa, la ausencia de delimitación suficiente definida entre las competencias locales y nacionales parte de la base que la atribución de competencia a las entidades territoriales resulta en la práctica *delegada y subordinada*. Es delegada porque, a pesar que la Constitución reconoce el grado de autonomía de dichos entes, constantemente define que esta se ejerce conforme a los mandatos del legislador, que representa al poder centralizado. A su vez, es subordinada por el mismo motivo, pues su accionar queda sometido no solo a las regulaciones de índole nacional, sino también en muchas ocasiones a la decisión política del poder centralizado, tanto de naturaleza legislativa como del mismo Gobierno Nacional. A pesar que la Carta Política y la jurisprudencia constitucional abogan por construir un ámbito propio de autonomía territorial, es palpable que esa función no es cumplida, merced del arreglo institucional existente, el cual soporta la inercia del poder centralizado. No de otra forma se explica que la Constitución supedita la actividad de producción

normativa de las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales a los mandatos del legislador (arts. 300 y 313 C.P.). Asumo que, si bien el Congreso debe mostrarse lo suficientemente representativo de los intereses regionales, para lo cual se dispone de circunscripción nacional y territorial, en todo caso el poder Legislativo es expresión del poder centralizado. Ante la ausencia de un grado de autonomía particular la producción normativa, la actividad de los órganos de representación popular de las entidades territoriales se muestra delegado.

Otro buen ejemplo de las “zonas grises” a las que he hecho referencia se encuentra en la política estatal para la satisfacción del derecho a la vivienda. Con todo, como esa problemática corresponde al estudio de caso que utilizaré para defender las premisas de esta ponencia, diferiré su explicación al aparte final de mi exposición.

3.3. El desbalance en las finanzas públicas entre las entidades territoriales

Un espectador atento a esta presentación llegaría a la válida conclusión de que, en mi criterio, Colombia debe hacer el tránsito hacia el federalismo, pues este modelo aseguraría, al menos en sus líneas principales, la corrección de la distribución de competencias entre el nivel central y los niveles territoriales de ejercicio del poder político. No obstante, advierto que esa conclusión se muestra fácticamente imposible a la luz de un rasgo particular de la descentralización administrativa colombiana: el abierto desbalance fiscal entre sus regiones.

La preocupación en este aspecto es reiterada, pues es un lugar común sostener que en el caso colombiano se descentralizan las competencias administrativas pero no sucede lo mismo con los recursos necesarios para atender los servicios públicos y, en general, la satisfacción de los derechos. Ello resulta agravado por las abiertamente dispares condiciones socioeconómicas entre regiones, con alta concentración industrial y comercial en algunas de ellas —con el aumento correlativo de sus ingresos fiscales— y las profundas dificultades en generación y recaudo de tributos territoriales, entre otras, merced de su escaso nivel de desarrollo.

Ahora bien, ante esa realidad el ordenamiento jurídico constitucional dispone que para corregir esas diferencias las entidades territoriales tienen el

derecho a participar en las rentas nacionales. No obstante, considero que esta previsión impone a los entes territoriales con menores niveles de desarrollo económico un peso específico sustancialmente menor a la hora de implementar las fórmulas de articulación explicadas en el acápite anterior. Así, a manera de ejemplo, el principio de subsidiariedad, al menos como lo concibe la jurisprudencia constitucional, tendrá una aplicación más profunda y extensa si se trata de una entidad territorial con recursos suficientes, que una región deprimida, en donde la prestación del servicio público tenderá a depender en mayor medida de la acción del poder centralizado. Por ende, no puede hablarse de una verdadera autonomía territorial cuando la distribución de recursos es desigual y, en consecuencia, la última palabra radica en la autoridad central, en especial frente a las regiones con menor solvencia fiscal.

3.4. La centralización de la planeación administrativa

Quizás uno de los campos donde más se evidencia el carácter delegado de la autonomía territorial es en la planeación administrativa. Los Estados contemporáneos han acordado que el mejor mecanismo para el uso eficiente de los recursos y, en general, la racionalización de la función pública son los planes de desarrollo. Esto bajo el entendido de que la planeación de las políticas públicas permite, desde su perspectiva teórica, (i) definir mediante métodos cuantitativos el contenido de las demandas sociales (ii) procesar esas demandas a través de la formulación e implementación de políticas de índole técnico y, por tanto, controlables y (iii) evaluar los resultados de esa implementación, en términos de satisfacción de las demandas mencionadas.⁹

Es a partir de esa importancia que la Constitución dedica un capítulo particular a la planeación administrativa, la cual da un lugar central al plan nacional de desarrollo como disposición normativa que aglutina tanto la definición de los objetivos gubernamentales, así como la distribución de las inversiones dirigidas a su cumplimiento. Este arreglo institucional, sin embargo, está fuertemente definido por la subordinación entre el plan nacional de desarrollo, que puede considerarse como la principal herramienta racionalizadora del poder centralizado, y la actividad de planeación territorial.

⁹ Sobre una síntesis de las principales posturas teóricas sobre la materia. *Vid.* Roth Deubel, André Noël, *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*, Aurora, Bogotá, 2003.

En efecto, varias disposiciones constitucionales evidencian esa posición jerárquica. Así, (i) el artículo 339 C.P. prevé que las entidades territoriales elaborarán y adoptarán de manera concertada entre ellas y el Gobierno Nacional, planes de desarrollo, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignada por la Constitución y la ley, (ii) el artículo 340 C.P. dispone que la ley regulará los consejos de planeación territorial, (iii) es el Gobierno Nacional el que tiene la competencia para elaborar el plan nacional de desarrollo, instancia donde se reconoce la participación activa de las autoridades de planeación de las entidades territoriales (art. 341 C.P.) y (iv) aunque los organismos departamentales de planeación están habilitados para adelantar la evaluación de gestión y resultados sobre los planes y programas de desarrollo e inversión de los departamentos y municipios, en todo caso el organismo nacional de planeación puede, de manera selectiva, asumir esa competencia respecto de cualquier entidad territorial (art. 344 C.P.).

En este orden de ideas, los derechos y prerrogativas de las entidades territoriales en lo que respecta a la planeación administrativa, se circunscriben a la participación en la toma de decisiones, más no se reflejan necesariamente en ámbitos autonómicos sobre fijación de políticas. Considero que en este caso particular la fórmula de articulación es limitada de manera profunda por el otorgamiento de un mayor nivel de eficacia del principio de Estado unitario. Además, genera un inevitable efecto fáctico, consistente en la mayor fortaleza institucional de la planeación nacional, que termina cooptando y nuevamente subordinando a las instancias, bastante limitadas, de la planeación territorial.

4. Los macroproyectos de interés social nacional como escenario de demostración de la tensión entre lo territorial y lo nacional

El derecho a la vivienda tiene, a partir de la Constitución de 1991, raigambre superior y exigibilidad ante los distintos planos de la acción del Estado. En ese sentido, el artículo 51 C.P. reconoce a todos los colombianos el derecho a la vivienda digna e impone al Estado el deber de fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho, al igual que promover planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación de vivienda a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda. Esta previsión constitucional se ha visto enriquecida por las facetas que sobre el derecho a la vivienda adecuada ofrece el derecho internacional de los derechos humanos,

relativas a la seguridad jurídica de la tenencia, la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; los gastos soportables frente a la satisfacción de otras necesidades vitales, la habitabilidad y asequibilidad de la vivienda, la ausencia de exigencias excesivas derivadas de la ubicación de la vivienda, al igual que la adecuación cultural de la misma.¹⁰ Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la vivienda puede, incluso, adquirir naturaleza *iusfundamental*, en los casos en que su preservación tiene un vínculo verificable con la eficacia del principio de dignidad humana.¹¹

Uno de los intentos dirigidos, al menos nominalmente, a la satisfacción del derecho a la vivienda, en especial de las comunidades de menores ingresos beneficiarias de proyectos de vivienda de interés social y de interés prioritario son los denominados *macroproyectos de interés social nacional* —MISN—. Esta iniciativa, originada desde el poder centralizado, tiene una perspectiva amplia, pues busca incidir en la configuración de entornos urbanos planificados, dirigidas en la disminución del déficit habitacional de la mencionada población. En términos de la Ley 1151/07, anterior plan nacional de desarrollo, los MISN son “el conjunto de decisiones administrativas y actuaciones urbanísticas adoptadas por el Gobierno Nacional, en los que se vinculan instrumentos de planeación, financiación y gestión del suelo para ejecutar una operación de gran escala que contribuya al desarrollo territorial, de determinados municipios, distritos o regiones del país”. Para cumplir con esa estrategia, y de conformidad con la misma disposición, se previó que (i) los MISN constituirían determinantes normativos de superior jerarquía para los municipios y distritos en los términos del artículo 10 de la Ley 388 de 1997 y se entienden incorporados en sus planes de ordenamiento territorial, (ii) las acciones urbanísticas de los municipios y distritos que se adopten en las áreas que hagan parte de MISN debían concertarse con el Gobierno Nacional y (iii) las licencias y planes parciales para el desarrollo de los MISN se otorgarían con sujeción a las normas adoptadas en estos últimos.

¹⁰ Al respecto, *Vid.* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Observación General n° 4 relativa al derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC)”. Documento E/1992/23. 1991.

¹¹ Para una síntesis comprehensiva de esta discusión, *Vid.* Corte Constitucional, Sentencias T-235/11 y C-288/12.

Esta normativa fue demandada por considerársele contraria a una de las competencias más tradicionalmente adscritas al grado de autonomía de las entidades territoriales: la definición del uso del suelo. En efecto, según lo prescribe el artículo 313-7 C.P., es de competencia de los concejos municipales “reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda”. Para los demandantes, esta competencia era desconocida por el precepto acusado, en donde el poder centralizado, mediante las disposiciones del plan nacional de desarrollo, se abrogaba la facultad de definir aspectos particulares y específicos de la política de vivienda de los municipios, al margen de la vigencia de los principios de coordinación y subsidiariedad antes explicados.

El debate jurídico constitucional, solucionado por la Corte en la Sentencia C-149 de 2010, se planteó en términos de la vigencia del derecho a la vivienda *versus* la preservación del grado de autonomía de las entidades territoriales. Para los defensores de la exequibilidad del precepto, en especial el Gobierno Nacional, la norma era una política pública que no podía ser incompatible con la Carta, puesto que precisamente tenía por objeto satisfacer el grave déficit de vivienda en el país, en particular respecto de grupos poblaciones donde la actuación territorial se había mostrado insuficiente o simplemente inoperante. En tal sentido, no podía cuestionarse la validez constitucional de una medida que, de suyo, pretendía garantizar el derecho a la vivienda digna de las personas marginadas o de menores ingresos. De otro lado, quienes estaban de acuerdo con la demanda plantearon que a pesar de la pertinencia de la reducción del déficit habitacional, este no podía resolverse a partir de un uso excesivo de las potestades propias del poder centralizado, específicamente la definición del plan nacional de desarrollo.

La Corte concluyó que la norma se mostraba inconstitucional. Para ello determinó que si bien a través del plan nacional de desarrollo podían plantearse válidamente políticas dirigidas a la satisfacción del derecho a la vivienda, las mismas no debían tener un alcance específico tal que llegasen a regular aspectos particulares de la definición del uso del suelo urbano y el diseño y ejecución de los planes de ordenamiento territorial, pues ello era una atribución que la Constitución asignaba, de manera privativa, a las entidades territoriales. En ese sentido, la norma generaba un inaceptable desbalance de

la tensión entre las facultades del poder centralizado y el grado de autonomía que la Carta Política reconoce a los entes locales. Para el Pleno,

El vaciamiento de las competencias en los términos expuestos acarrea el desconocimiento de los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad consagrados en el artículo 288 de la Constitución Política, con fundamento en los cuales deben ser ejercidas las atribuciones conferidas a los distintos niveles territoriales, toda vez que la norma demandada asigna al gobierno nacional competencias excluyendo de las mismas a los concejos municipales y distritales. (...) Como consecuencia, el precepto atacado no prevé fórmulas para la coordinación en el ejercicio de tales atribuciones, sino que establece una estructura jurídica de supra-subordinación con prevalencia del nivel central sobre las autoridades locales; al mismo tiempo, la norma demandada desconoce el principio de subsidiariedad al inobservar que existe un imperativo constitucional en virtud del cual la intervención debe llevarse a cabo en primer lugar en el nivel más próximo al ciudadano y solo subsidiariamente en los niveles superiores.

Como se observa, en este caso la Corte hizo una apuesta decidida por la conservación de reductos de autonomía de las entidades territoriales, infranqueables por parte del poder centralizado. En ese sentido, puso de presente que el Gobierno Nacional no podía copar, por completo, la acción estatal en materia de promoción de una política de vivienda. En cualquier caso, debía contarse con la anuencia de los concejos municipales y distritales para la definición del uso del suelo, mediante la formulación e implementación de los planes de ordenamiento territorial.

Esta condición fue precisamente la que permitió zanjar la discusión respecto de la constitucionalidad de los *planes integrados de desarrollo urbano* —PIDU—, creados por el Decreto Legislativo 4821 de 2010 adoptado en el marco de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica derivada de la reciente crisis invernal. En ese caso, el Gobierno advirtió que, debido a la destrucción de viviendas generada por las extremas condiciones climáticas, era imperativa la implementación de estrategias de desarrollo urbano habitacional, de similares características a los MISN antes explicados.

En efecto, de acuerdo con el artículo 1° del mencionado Decreto, el Gobierno quedaba habilitado para promover, ejecutar y financiar los PIDU, en los que se definirían, de común acuerdo con las autoridades de planeación de los municipios y distritos en el ámbito de sus respectivas competencias, el conjunto de decisiones administrativas y de actuaciones urbanísticas necesarias para la ejecución de operaciones urbanas integrales que garanticen la habilitación de suelo para la ejecución de los proyectos de construcción de vivienda y reubicación de asentamientos humanos para atender la mencionada emergencia económica, social y ecológica nacional. En ese sentido, el Decreto distinguió entre dos modalidades de PIDU, dependiendo de si su implementación requería alterar los planes de ordenamiento territorial, caso en el cual debía contarse no solo con la concurrencia de las autoridades locales, sino también con el aval de los concejos municipales y distritales.

En este caso, la Corte al ejercer el control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo, retomó las reglas que había fijado a propósito del análisis de los MISN, para llegar a la conclusión de que los PIDU no contradecían el grado de autonomía de las entidades territoriales, pues su diseño supeditaba las decisiones acerca del uso del suelo urbano a las instancias locales. En términos de la Sentencia C-299 de 2011, que llevó a cabo este análisis de exequibilidad,

Los PIDU constituyen un mecanismo adecuado para reducir el periodo que usualmente se requiere para habilitar suelo y obtener las licencias respectivas. Además de las modificaciones al régimen jurídico aplicable al trámite previo a la autorización correspondiente, la Sala encuentra que las reformas al sistema normativo en esta materia no son irrazonables ni excesivas, si se tienen en cuenta los efectos económicos y sociales ocasionados por la ola invernal y la necesidad de atender en forma pronta y eficaz a las personas que perdieron sus viviendas o que deben repararlas para desarrollar sus proyectos de vida en condiciones dignas. (...) De otra parte, refiriéndonos a la autonomía de los entes territoriales, es pertinente recordar que, según el artículo 313-7 superior, corresponde a los Concejos Municipales “Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la Ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda”.

Así, la promoción, ejecución y financiación de los PIDU solo será conforme con la Constitución Política en cuanto el Gobierno Nacional observe el ámbito de autonomía jurídicamente reconocido a los entes territoriales vinculados a tales proyectos. (...) Además, los PIDU solo podrán ser adoptados en aquellos municipios, distritos y territorios directamente afectados por el fenómeno de La Niña o en suelos estrictamente necesarios para atender a las personas que, afectadas por el mismo fenómeno climático, requieran ser trasladadas para ofrecerles atención mediante programas de reasentamiento que hagan parte de los mismos proyectos.

Advierto que las reglas de decisión utilizadas por la Corte al estudiar la constitucionalidad de los MISN y los PIDU ejemplifican algunos de los *problemas genéricos* de las fórmulas de articulación entre el ámbito nacional y el de las entidades territoriales. Por ende, en la parte final de esta exposición haré algunas breves anotaciones al respecto, instancia donde intentaré plantear una crítica, en cualquier caso preliminar, a los fallos mencionados.

5. Análisis de las reglas jurisprudenciales que resuelven el debate sobre la afectación de la autonomía territorial por los macroproyectos de interés social nacional

La lectura de las reglas jurisprudenciales previstas en los fallos descritos demuestra, de un lado, que la Corte reconoce que el Estado, desde el nivel centralizado, tiene la competencia para adelantar políticas dirigidas a la satisfacción del derecho a la vivienda, incluso de largo aliento y con contenidos amplios, que involucren una visión integral del desarrollo urbanístico. De otro, la Corte usa una metodología particular para la protección del grado de autonomía territorial, consistente en determinar un grupo de competencias exclusivas de los entes locales que conforman un núcleo duro indelegable al poder centralizado, que de afectarse involucra la inconstitucionalidad de la medida correspondiente.

Esta perspectiva de análisis involucra, en mi criterio, algunas de las tesis antes expuestas. En primer lugar, pone de presente que la planeación originada desde el poder centralizado es el principal referente de la definición de las políticas públicas, no solo de raigambre nacional, sino también territorial. En ese sentido, se demuestra que por esta vía resulta reforzada la concepción

delegada de la autonomía territorial. Igualmente, es expresión de la centralización de los recursos para la implementación de esas políticas, profunda cuando se trata de entidades territoriales que dependen en gran medida de la participación en las rentas nacionales. Así, podría considerarse que las iniciativas a gran escala para la protección de los derechos y la adecuada prestación de los servicios públicos quedan, en el actual estado de cosas, reservadas a la actividad del poder centralizado, en tanto cuenta con la fortaleza institucional y la autonomía financiera para ello.

En segundo término, encuentro que el análisis de constitucionalidad de los MISN y los PIDU evidencia las “zonas grises” de la articulación entre la actividad del poder centralizado y el grado de la autonomía territorial frente a la satisfacción del derecho a la vivienda digna. De lo previsto en el artículo 51 C.P., la protección de dicho derecho es un asunto que corresponde tanto al ámbito nacional como local, pues se utiliza la fórmula política de “Estado” en la fijación de la responsabilidad de ejecución de las políticas necesarias para esa satisfacción. Empero, los aspectos particulares de tales actividades están irremediabilmente atados a las decisiones políticas de los órganos representativos locales, investidos por la Carta de la potestad de definir los usos del suelo, mediante la adopción de los planes de ordenamiento territorial. Buena parte del debate jurídico en esta materia, entonces, consiste en definir los vasos comunicantes y los mutuos límites entre los ámbitos mencionados.

¿Cómo articular, entonces, dicha asimetría y concurrencia en la planeación, a partir de las lecciones que nos dejan los MISN y los PIDU? Las conclusiones que ofrece la Corte Constitucional sobre el particular, a pesar de mostrarse normativamente acertadas, no son satisfactorias en términos de la requerida definición de competencias.

Compartí en su momento la inexequibilidad de la norma que regulaba los MISN, puesto que era evidente que radicaba la competencia para la definición del suelo en el Gobierno, excluyéndose toda incidencia de los concejos municipales y distritales, lo que se mostraba manifiestamente contrario a la Constitución. Sin embargo, varios de los argumentos mostrados en esta ponencia llegarían a concluir que tal decisión no prevé reglas sobre la articulación necesaria para la satisfacción del derecho a la vivienda digna, en especial frente a los planes de satisfacción del déficit habitacional de las comunidades de menores ingresos, beneficiarias de programas de vivienda de interés social y de interés prioritario. Lo decidido por la Corte en la Sentencia C-149/10

tuvo sustento en la defensa a ultranza del grado de autonomía de las entidades territoriales, en buena parte en respuesta a la innegable influencia fáctica del poder centralizado. Sin embargo, esta decisión derivó en una consecuencia indeseada, pues invalidó el soporte normativo de una política pública que, al margen de sus abiertos yerros en términos de sobreseimiento de la competencia de las entidades territoriales, al igual que la evaluación sobre sus potenciales efectos en términos de planeación urbana, hacía parte de la respuesta estatal en términos de satisfacción del derecho a la vivienda.

Con todo, también encuentro que las reglas fijadas por la Corte prefiguraron el diseño normativo de los PIDU, los cuales dieron lugar a lo que se ha definido como *macroproyectos de segunda generación*,¹² que incluyen la decisión de los concejos municipales y distritales sobre la definición del suelo urbanizable. Así, la función de la jurisprudencia constitucional, que en un primer momento pudo mostrarse incompleta en términos de vigencia de las políticas públicas de vivienda, logró un nuevo efecto, esta vez afortunado, consistente en mover la definición de esas políticas a un ámbito de inclusión de las decisiones que sobre el uso del suelo la Carta le adscribe a las entidades territoriales. Deberá determinarse, en todo caso, cómo ese imperativo constitucional es o no cumplido por los nuevos instrumentos legales sobre los MISN. Esta materia será analizada en decisiones posteriores de la Corte, razón por la cual mi función jurisdiccional me impide adelantar, por ahora, más opiniones sobre el tópico.

6. Conclusión

La escogencia, por parte de la Constitución Política, de un modelo de descentralización administrativa y simultánea vigencia del principio de Estado unitario se explica en la dinámica propia de la conformación del territorio en Colombia, que transita en dos vías paralelas: la existencia de regiones diferenciadas y el afán de mantener la integridad del proyecto nacional como presupuesto para el logro de los fines estatales. Esa dualidad trae, por supuesto, profundas complejidades, en términos de articulación de competencias entre la Nación y los entes locales, asunto donde son usuales las indefiniciones, que deben ser resueltas normativa y fácticamente en un entorno que, por razones históricas, otorga un peso específico mayor al poder centralizado.

¹² Esta iniciativa está regulada por la Ley 1469 de 2011.

La Constitución y la jurisprudencia de la Corte han planteado diversas herramientas para hacer frente a los retos planteados. La previsión de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad y, en especial, la generación de reglas jurisprudenciales sobre su arbitrio en casos concretos, han servido para construir una dogmática constitucional sobre la materia, que tiene como objetivo principal mantener el equilibrio en la tensión expuesta, dentro de un marco de promoción de la opción que tiene la Carta Política a favor de la descentralización y el grado de autonomía, que me atrevo a calificar de progresivo, de las entidades territoriales.

El diseño institucional y el orden normativo para lograr ese equilibrio, como se ha visto, es particularmente complejo, debido en buena parte a la permanencia de lo que en esta exposición he denominado problemas genéricos. El caso de los programas de desarrollo urbanístico es prueba de tales condiciones, pero también de fórmulas intermedias que pueden presentar respuestas, al menos tentativas, a la articulación materia de este texto.

Sin embargo, cualquiera que sea el nivel e intensidad de la estrategia que se adopte, lo que como juez constitucional espero es que se mantenga la indeclinable voluntad en la satisfacción de los derechos, en especial de aquellas personas sometidas a la marginalidad en las regiones de nuestro país. La promesa de la Constitución de lograr la prosperidad general y construir los cimientos para la vigencia de la dignidad humana los debe tener, siempre, entre sus principales destinatarios.

Bibliografía

- Colombia, Constitución Nacional 1991.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1151/07.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 388 de 1997.
- Colombia, Gobierno Nacional, Decreto Legislativo 4821 de 2010.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1469 de 2011.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-832/02, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-920/01, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-759/04, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1183/08, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1112/01, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-149/10, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-235/11, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-288/12, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n° 4 relativa al derecho a una vivienda adecuada* (Párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC). Documento E/1992/23. 1991.
- Roth Deubel, André Noël, *Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación*, Aurora, Bogotá, 2003.
- Sullivan Kathleen, Gunther Gerald. *Constitutional Law*, 15^a ed., Foundation Press, Nueva York, 2004.

Cuando limitar la autonomía territorial es maximizarla: Derecho al medio ambiente sano como aporte a la optimización de la autonomía territorial

María Victoria Calle Correa*

Bebo agua, luego existo, entonces voto

Inscripción en el muro de una ciudad latinoamericana

Lo único que la mayoría no tiene legitimidad para decidir es la restricción de las condiciones y los presupuestos que hacen del procedimiento democrático un mecanismo apto para encontrar soluciones correctas. [...] la validez de una decisión mayoritaria depende de muchas cosas. Depende de cuestiones tales como la existencia de una relativa igualdad en los recursos para participar en ese debate democrático, del acceso a la educación que permite a cada uno estar en igualdad de condiciones y en la ausencia de presiones, de condiciones que amenacen, etc.

Carlos Santiago Nino

*La filosofía del control judicial de constitucionalidad*¹

* Magistrada de la Corte Constitucional, Abogada de la Universidad de Medellín, con especializaciones en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia y en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás. Máster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

¹ “Un derecho individual clásico, como el derecho a la vida, resulta violado (...) también por fallar al proveer de los recursos necesarios para proteger esos derechos, tal como el derecho a la atención médica, a la alimentación y a la vivienda (...) si alguien se está muriendo de inanición, o se encuentra muy enfermo y privado de atención médica, o carece de toda posibilidad de expresar sus ideas a través de los medios de prensa, el sistema democrático se vería dañado del mismo modo que lo sería si ese individuo estuviera privado de sus derechos [políticos]”. Carlos Santiago Nino. *La constitución de la democracia deliberativa*.

Sumario

1. Introducción. — 2. La autonomía territorial y los “derechos” de las entidades territoriales. 2.1. El derecho a gobernarse por autoridades propias, elegidas y constituidas democráticamente. 2.2. El derecho de cada entidad territorial a ejercer libremente las competencias constitucionales y legales que le correspondan. — 3. Los límites a la autonomía territorial, derivados del derecho a gozar de un ambiente sano. — 4. Ambiente y perfeccionamiento de la democracia. — 5. Conclusiones — Bibliografía.

1. Introducción

La democracia participativa que se instauró en 1991 es un proyecto político que pretende garantizar la existencia de toda persona en dignidad, permitiéndole ser artífice de su propio destino. Aunque el autogobierno republicano es un modelo que existe entre nosotros desde el siglo XIX,² es desde la última década del siglo XX que una versión renovada y robusta se ha venido construyendo. Aunque la democracia republicana ha sido un modelo de Estado aceptado en el constitucionalismo colombiano hace años, también es cierto que formas de exclusión y discriminación se mantuvieron durante mucho tiempo, implicando límites reales a su correcta implementación. Ya fuera por violaciones directas de los derechos políticos —como fue el caso de las mujeres, por ejemplo, cuyo derecho a votar solo nos fue contemplado al final de los años cincuenta, ya pasada la mitad del siglo XX— o por exclusiones sistémicas de ciertos partidos o movimientos políticos, con la consiguiente eliminación de los intereses y de las personas que tales grupos políticos consideraban (algunas de estas exclusiones políticas eran avaladas por la ley, otras eran de facto, usualmente impuestas de forma violenta por grupos al margen de la ley).

Así, una de las misiones encomendadas a la Constitución Política de 1991 es la de enfrentar los retos que implica materializar una verdadera democracia participativa. Permitir el goce efectivo del derecho fundamental de toda persona a autogobernarse, a través de sus propios actos jurídicos y a través de los actos jurídicos de sus representantes políticos, supone lograr remover muchos obstáculos que en el derecho y en los hechos siguen a alcanzar plenamente esta aspiración.

² Al respecto ver, por ejemplo, la obra y el pensamiento del liberal decimonónico Manuel Murillo Toro, expresidente del estado de Santander y de los Estados Unidos de Colombia.

Me interesa abordar dos de los retos que concretamente ha de enfrentar el constitucionalismo colombiano, en su propósito de construir una democracia participativa. El primero de ellos es superar las diferentes barreras que el centenario centralismo del proyecto de la regeneración conllevaban para la consolidación de un esquema de autogobierno personal, en especial para quienes viven y desarrollan su existencia lejos de los centros de decisión y de configuración de las políticas legislativas y las políticas públicas. La dependencia durante décadas de las administraciones territoriales a los gobiernos nacionales impuestas por el modelo establecido en la Constitución de 1886 generó prácticas y costumbres políticas y de gobierno que, aún hoy, son obstáculos a la configuración de un poder Ejecutivo regional, elegido democráticamente. Tan solo en la década de los años ochenta los colombianos comenzamos a elegir a nuestros Alcaldes y solo después de la entrada en vigor de la Constitución de 1991 a nuestros Gobernadores.

El segundo de los retos que concretamente ha de enfrentar el constitucionalismo colombiano, en su propósito de construir una democracia participativa, es cómo lograr una decisión adecuada con relación a los recursos naturales. ¿Cómo conciliar el derecho de autogobierno de una persona que pretende explotar un predio, en ejercicio de sus libertades, cuando ello puede implicar una afectación ambiental de tal nivel que condicione la existencia de una comunidad vecina y por tanto su derecho de autogobierno? ¿Cómo conciliar el derecho de una generación a disponer de los recursos naturales que están en el territorio, con el derecho de las generaciones venideras a disponer de tales recursos? Cuestiones como estas, sumadas a la conciencia acerca del impacto que el ser humano puede tener en su ambiente, llevaron al Constituyente de 1991 a establecer algunos parámetros al respecto.

Con ocasión de los retos a los que me he referido, pasaré a exponer dos ideas. La primera es más bien obvia: la autonomía que la Constitución les reconoce a las entidades territoriales tiene ciertos límites derivados de la propia Constitución, y entre ellos algunos se deducen del derecho constitucional que todos tenemos a disfrutar de un medio ambiente sano. La segunda idea puede ser menos obvia: los límites a la autonomía de las entidades territoriales que provienen del derecho a un ambiente sano *buscan maximizar la autonomía territorial*, no desconocerla o socavarla. Como concluiré, al perfeccionar nuestra democracia constitucional se maximiza la autonomía territorial ya

que se les dan a los habitantes las capacidades necesarias y suficientes para que sean los verdaderos artífices de su propio destino.

Dividiré el tema en cuatro partes: *(i)* en la primera expondré brevemente algunos de los contenidos principales de la autonomía territorial, *(ii)* en la segunda me referiré a tres clases de límites a esa autonomía territorial, que provienen del derecho a gozar de un ambiente sano, *(iii)* en la tercera intentaré mostrar cómo a mi juicio la observancia o el respeto de esos tres tipos de límites contribuye no a reducir la autonomía territorial, sino por el contrario a maximizarla, *(iv)* finalmente, en la cuarta extraeré las conclusiones más importantes.

2. La autonomía territorial y los “derechos” de las entidades territoriales

Como se sabe, el artículo 1° de la Constitución dice que Colombia es un Estado Social de derecho “con autonomía de sus entidades territoriales” (art. 1, C.P.). La Corte Constitucional ha identificado en este principio el reconocimiento de ciertos “derechos” que les pertenecen a las entidades territoriales.

¿Cuáles son esos derechos? La idea no es hacer una presentación exhaustiva de los mismos, y por eso me limitaré a señalar dos, por ser los más pertinentes para el propósito que se pretende. Desde muy temprano los señaló la Corte, en la Sentencia C-004 de 1993 (MP. Ciro Angarita Barón). Uno de ellos es “el derecho de las entidades territoriales a gobernarse por autoridades propias, elegidas y constituidas democráticamente”. Y el otro es “el derecho de cada entidad territorial a ejercer libremente las competencias constitucionales y legales que le correspondan”. Trataré de explicar con un poco más de detalle en qué consisten estos dos derechos de las entidades territoriales.

2.1. El derecho a gobernarse por autoridades propias, elegidas y constituidas democráticamente

La Corte Constitucional ha sostenido que la autonomía territorial no es simplemente descentralización administrativa. En ese sentido, para efectos de cumplir con el principio de autonomía territorial no sería suficiente con que las autoridades territoriales ejercieran de manera libre; es decir, sin interferencias externas, las funciones que les asigna la Constitución. Según la interpretación de la Corte, la autonomía territorial también exige que esas autoridades sean elegidas por los propios habitantes del territorio. La Corte ha caracte-

rizado este derecho desde la Sentencia C-517 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón), con las siguientes palabras:

Este derecho se ejerce mediante el voto directo de los habitantes del respectivo territorio.

Con este fin se han creado mecanismos de participación ciudadana, como los contemplados en los artículos 40 y 103 de la Constitución Nacional.

El Constituyente buscó mucho más que una mera descentralización administrativa.

La elección de las autoridades propias y los mecanismos de participación popular son elementos especiales de la descentralización política.

Así, desde el inicio de la jurisprudencia constitucional, en Colombia se ha reconocido que el ‘derecho’ de las entidades territoriales a gobernarse por autoridades propias puede traducirse de modo parcial como el derecho de los habitantes de esas entidades a autogobernarse; es decir, a *elegir democráticamente* a las autoridades que van a representarlos en el gobierno de la entidad, y a *participar democráticamente* en las decisiones que los afecten (art. 2, C.P.).

Se trata, si se quiere, de una de las manifestaciones concretas y específicas de los derechos políticos fundamentales, contemplados en el artículo 40 de la Constitución Política, que tienen todas y cada una de las personas, en ejercicio de su ciudadanía, para participar en la conformación, el ejercicio y el control de los poderes políticos, en el contexto territorial. No sobra resaltar que en tanto derecho político fundamental, la protección del derecho de autogobierno territorial puede ser objeto de protección judicial mediante la acción de tutela.

Ahora bien, ese no es el único derecho derivado de la autonomía territorial, pues la Constitución también reconoce los expuestos a continuación.

2.2. El derecho de cada entidad territorial a ejercer libremente las competencias constitucionales y legales que le correspondan

Para efectos de realizar el principio de autonomía territorial tampoco basta con que los habitantes del territorio tengan derecho a elegir a sus propias autoridades. Además de eso, es necesario que se les garantice a esas autoridades la posibilidad de ejercer ciertas competencias sin experimentar interferencias indebidas

de agentes externos (del sector central, por ejemplo, o de otras entidades autónomas, o de poderes de facto). De lo contrario, la supuesta autonomía sería apenas aparente, pues las autoridades elegidas democráticamente tendrían que obrar no de acuerdo con el mandato del pueblo, sino de conformidad con las órdenes de un poder distinto al popular.

Son múltiples las competencias que las entidades territoriales pueden ejercer libremente. Para el desarrollo del presente argumento, basta mencionar a título de ejemplo cuáles son las que expresa y literalmente les confía la Constitución a los municipios. A saber:

- i. La función de prestar los servicios públicos que determine la ley, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen (art. 367, C.P.).
- ii. La de construir las obras que demande el progreso local.
- iii. La de ordenar el desarrollo de su territorio.
- iv. La de promover la participación comunitaria.
- v. La de promover el mejoramiento social y cultural de sus habitantes (art. 311 C.P.).

Se trata de competencias y funciones que se ocupan de diversos ámbitos cruciales de la vida humana. Así, es posible concluir que en el modelo constitucional vigente, el goce efectivo del derecho a un mínimo vital en dignidad depende en buena parte del adecuado ejercicio del derecho de autogobierno de los habitantes de cada uno de los municipios de Colombia. Tales autoridades tienen a su cargo la prestación de servicios públicos básicos de los cuales dependen los derechos fundamentales de las personas, como lo es el derecho a la salud, en varias de sus dimensiones. Depende la construcción, esto es, la materialización de todo tipo de obra que, de acuerdo con las instancias de decisión correspondiente. Depende el desarrollo territorial. En general, depende de las autoridades municipales, ordenar el desarrollo del territorio.

Pero adicionalmente se establecen dos competencias genéricas determinantes en democracia. Una de ellas orientada a la protección de los derechos políticos y libertad en general y la otra, orientada a la protección de los derechos sociales. En efecto, la penúltima de las competencias constitucionales da a las autoridades municipales la función de promover la participación comunitaria, esto es, remover los obstáculos que impidan la adecuada actuación en

democracia por parte de los ciudadanos. Para ello, se deberá promover múltiples derechos de libertad como lo son los derechos políticos, las libertades de reunión y de asociación, el derecho a la igualdad, o las libertades de expresión y de información. Por su parte, la última de las competencias señaladas da la función de promover el mejoramiento social y cultural de sus habitantes. Esto es, le confiere la misión específica de remover obstáculos que existan en el goce efectivo de los derechos sociales, económicos y culturales, en general, de la población del respectivo municipio.³

En resumen, puede decirse que la Constitución garantiza el derecho constitucional a ejercer las propias competencias a las autoridades territoriales. A nivel municipal, por ejemplo, contempla un amplio margen de acción para el diseño, adopción e implementación de las políticas públicas de las que dependen los derechos de todas las personas.

Pero como todo derecho constitucional, los derechos políticos que aseguran la autonomía territorial no son absolutos. Pueden ser objeto de límites razonables y proporcionados constitucionalmente. A continuación me referiré en concreto a los límites que surgen de otro derecho constitucional, el derecho a “gozar de un ambiente sano” (art. 79, C.P.).

3. Los límites a la autonomía territorial, derivados del derecho a gozar de un ambiente sano

La Constitución reconoce el derecho de “todas las personas” a “gozar de un ambiente sano” (art. 79) y a continuación le fija al Estado un grupo amplio de deberes que deben ser entendidos como instrumentos para la salvaguardia efectiva de ese derecho constitucional. Sin pretender enunciar exhaustivamente todos esos deberes, es posible citar algunos de ellos para ilustrar mejor el argumento que desarrollaré según el cual, tales límites logran maximizar, antes que socavar, la autonomía territorial.

En términos generales, la Constitución se refiere a los deberes ambientales en los artículos 2, 79, 80 y 366, entre los que menciona los siguientes:

³ No me corresponde en el presente caso hacer una distinción detallada de los derechos políticos fundamentales de toda persona y las de todo ciudadano. Baste señalar que en general la Constitución reserva los derechos políticos para los ciudadanos, pero en ciertos casos y contextos reconoce derechos políticos a personas que no son ciudadanos, como ocurre a propósito de elecciones de autoridades municipales.

- Deber de proteger las riquezas naturales de la Nación
- Deber de garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarla
- Deber de proteger la integridad del ambiente
- Deber de conservar las áreas de especial importancia ecológica
- Deber de fomentar la educación para la conservación y protección de la ecología
- Deber de planificar el manejo y el aprovechamiento de los recursos, para garantizar el desarrollo sostenible y así conservarlos, restaurarlos o sustituirlos
- Deber de prevenir los factores de deterioro ambiental

Las obligaciones que se derivan del derecho a un ambiente sano, como las que se acaban de enunciar, al igual que ocurre con otros derechos, pueden ser de tres tipos. De acuerdo con la dogmática de los derechos fundamentales, las obligaciones derivadas de la ‘Constitución ecológica’ pueden ser de tres clases: de *respeto*, de *protección* y de *garantía*.

Brevemente, podríamos decir que las obligaciones de *respeto* son obligaciones que tiene el Estado de abstenerse para no afectar el ambiente. Suelen ser obligaciones de no hacer, aunque pueden implicar también acciones de tipo positivo. Las obligaciones de *protección* suponen que el Estado impida que se irrespete el derecho a un ambiente sano. Este tipo de obligaciones con frecuencia implican la acción del Estado, pero no necesariamente. Es posible proteger el derecho de una comunidad dejando de hacer algo, como, por ejemplo, cuando se mantiene la legislación vigente y no se modifica, en aras de permitir que un particular ejerza cierta actividad riesgosa que implique desconocer el derecho de una comunidad a un ambiente sano. La abstención del Estado en tal caso es la manera en que éste cumple su obligación de proteger el derecho, pues así evita que un particular, mediante acciones positivas, no respete el derecho ambiental de la comunidad.

Finalmente, las obligaciones de *garantía* suponen la adopción de medidas de carácter negativo o positivo, orientadas a asegurar el goce efectivo del derecho de una persona que no se lo puede proveer por sí mismo. En general, si un Estado respeta los derechos de las personas y los protege, al impedir que otros los irrespeten logra su cometido de respeto a los derechos. No obstante, algunos individuos de manera constante, y otras de manera temporal o transitoria,

no pueden tomar acciones por su cuenta para asegurarse a sí mismas el goce de sus derechos. En tal caso, el respeto estatal a los derechos y su protección frente a terceros no son suficientes. Es preciso en tales circunstancias adoptar las medidas adecuadas y apropiadas, de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para que tanto el propio Estado como terceros no solo no dañen el medio ambiente e impidan que otros lo hagan, sino que además adelanten acciones y omisiones para conservarlo y sanearlo.

Desde el punto de vista de los límites a la autonomía territorial, puede entonces considerarse que la autonomía territorial tiene tres clases de límites medio ambientales, derivados cada uno de un tipo distinto de deber:

- i. En primer lugar, tiene un límite en los *deberes de respeto* por el medio ambiente sano. Así, las entidades territoriales no pueden ejercer las competencias que les asigne el ordenamiento de un modo que suponga atentar directa o indirectamente contra el medio ambiente. El primer límite está entonces en el *deber de no dañar el medio ambiente*.
- ii. En segundo lugar, la autonomía tiene un límite en los *deberes de protección* del medio ambiente. Es decir, que las entidades no tienen absoluta libertad al momento de definir cuáles competencias ejercer, pues entre sus obligaciones está la de ejercer aquellas atribuciones que contribuyan a evitar que terceros dañen el medio ambiente. El segundo límite está entonces en el *deber de hacer todo lo posible porque terceros no dañen el medio ambiente*.
- iii. Finalmente, la autonomía territorial tiene otro límite en los *deberes de garantía* del derecho al medio ambiente. En consecuencia, las entidades no solo pueden, sino que además tienen la obligación de adoptar todas las medidas a su alcance para conseguir la conservación y el saneamiento ambiental. El tercer límite deriva entonces del *deber de hacer todo lo que esté a su alcance para conseguir colectivamente la conservación y el saneamiento del medio ambiente*.

Un ejemplo de cómo estos deberes pueden limitar la autonomía territorial es posible hallarlo en la Sentencia T-194 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). En esa oportunidad, al resolver una acción de tutela instaurada por la Defensoría del Pueblo, la Corte Constitucional impartió un grupo de órdenes a los personeros, alcaldes y concejales de varios municipios y al gobernador de

un departamento, tras constatar una “degradación ambiental” que afectaba la cuenca de uno de los ríos más importantes del país. Las causas de la degradación ambiental eran según la Corte las siguientes:

- Primero, los cuerpos de agua que componían el sistema de humedales del río venían siendo persistentemente rellenados y desecados por los particulares.
- Segundo, una población creciente de cerca de un millón de personas que habitaba entonces en los municipios cercanos al río vertía sus aguas negras sin tratar los cuerpos de agua de la cuenca ni la costa de su delta.
- Tercero, esa misma población desechaba en el medio de la cuenca una gran cantidad de basuras sin reciclaje o tratamiento.
- Cuarto, todas esas personas usaban crecientes cantidades de pesticidas y abonos industriales en zonas de alta y media escorrentía.
- Quinto, las autoridades territoriales de los catorce municipios de la hoya hidrográfica y las del departamento no solo permitían la desecación de los cuerpos de agua y la apropiación particular de las áreas secas resultantes, sino que en muchos casos las promovían.

De acuerdo con la Sentencia, varios límites transgredieron los entes territoriales destinatarios de las órdenes impartidas por la Corte. Infringieron sus deberes de *respeto* al promover la desecación de los cuerpos de agua que integraban la cuenca del río. Pero también desconocieron sus deberes de *protección* al no haber adoptado medidas, por ejemplo, para evitar que los pobladores de los municipios vertieran sus aguas negras sin tratar los cuerpos de agua de la cuenca y a la costa de su delta. Finalmente, ignoraron los límites que les fijaban los deberes de *garantía* porque se abstuvieron de implementar políticas como para educar la población en el adecuado aprovechamiento de la cuenca del río.

La Corte advirtió la transgresión de estos y por ello impartió una serie de órdenes que interfirieron en la autonomía territorial de al menos catorce municipios y un departamento del país. Las órdenes fueron las siguientes:

- i. Suspender toda obra de relleno y desecación de pantanos, lagunas, charcas, ciénagas y humedales en el territorio de esos municipios, salvedad hecha de las que fueran indispensables para el saneamiento.

- ii. Adelantar las actuaciones administrativas de su competencia e instaurar las acciones procedentes para recuperar el dominio público sobre las áreas de terreno de los cuerpos de agua que fueron desecados y apropiados por particulares.
- iii. Regular la manera en que se hará exigible en esos municipios cumplir con la función ecológica que le es inherente a la propiedad (C.P. art. 58), establecer y cobrar las obligaciones que de tal función se desprendan para los particulares y entes públicos.
- iv. Revisar los planes y programas de desarrollo económico y social, para dar prioridad a las necesidades que se derivan de:
 - a) El tratamiento y vertimiento de las aguas negras
 - b) La recolección y disposición de basuras
 - c) La recuperación de los cuerpos de agua
- v. Ordenar también a la Gobernación del Departamento proceder de igual forma, y coordinar el cumplimiento de tales tareas por parte de los municipios mencionados, sometiéndose a las políticas del Ministerio del Medio Ambiente sobre la materia.

Las obligaciones derivadas del derecho a un ambiente sano implican entonces dos tipos de límites a la autonomía territorial. Por una parte, se restringe el libre ejercicio de las competencias regionales al indicar que no se pueden realizar ciertas acciones, por cuanto con ello se desconocerían deberes de respeto, de protección o de garantía. Pero, por otra parte, también se restringe su autonomía al impedir que se puedan dejar de llevar a cabo algunas actuaciones. Las distintas clases de obligaciones conllevan tener que adelantar políticas y programas en sentidos concretos y específicos. En otras palabras, las obligaciones derivadas del derecho a un ambiente sano contienen límites al ejercicio de los derechos políticos de autogobierno regional, tanto en relación con lo que se puede hacer, lo que se debe hacer, como lo que no se puede hacer.

4. Ambiente y perfeccionamiento de la democracia

Los límites a la autonomía territorial tienen sentido para proteger principios y derechos constitucionales, como lo es un ambiente sano. Pero el argumento que sostengo en la presente oportunidad, es que tales límites encuentran justificación también, al menos en parte, en el propósito de ampliar la autonomía territorial. Concretamente, los límites a la autonomía territorial derivados de

los deberes de respeto, protección y garantía del derecho al medio ambiente sano están justificados asimismo en el hecho de que no suponen una reducción del ámbito de autonomía sino por el contrario una maximización de la misma.

El proyecto republicano colombiano, como lo mencioné, proviene del siglo XIX. Desde entonces se reconocieron, en mayor o menor grado, los derechos de una democracia liberal, tales como el derecho al sufragio, a elegir y ser elegido, la libertad de pensamiento, de expresión, de dar y recibir información sin interferencias externas, o la libertad de profesar o no un culto religioso. Pero como también indiqué previamente, la democracia constitucional diseñada por el Constituyente de 1991, y enriquecida por nuestras instituciones durante todo su período de vigencia, va más allá. Busca instaurar una democracia participativa, no solo de representación, en el contexto de un Estado pluriétnico y multicultural.

Esta concepción renovada y robusta de la democracia, dentro de una perspectiva republicana, ha sido destacada por autores como el ausente maestro Carlos Santiago Nino, para quien una democracia constitucional vigorosa y vibrante solo existe plenamente allí donde se reúnen varias condiciones, dentro de las cuales destaco dos: primera, que las personas puedan participar en las actividades democráticas de manera *autónoma* y segunda, que esas personas sean *iguales* en los recursos necesarios y suficientes para participar de dichas actividades democráticas. Acciones como elegir a los representantes o ser elegido como uno de ellos, participar de las consultas populares o en los procesos participativos de reforma constitucional, entre otras, son actividades que requieren además de las libertades propias para llevarlas a cabo, las condiciones materiales en que las personas pueden llegar efectivamente a realizarlas.

Para que una democracia vibrante pueda tener lugar en realidad se requiere que las personas cuenten con la libertad de actuar, pero, además, con las condiciones materiales que efectivamente les permitan hacerlo de la manera como en efecto deseen. De nada sirve que un grupo de personas quieran ejercer sus derechos políticos en democracia, si no tiene los recursos y las capacidades, humanas y materiales, para poder llevar a cabo tales acciones.

En otras palabras, el ejercicio de los derechos políticos constitucionales no solo depende de la libertad de poder ejercerlos, sino también de contar con las condiciones materiales para llevar a cabo tal ejercicio. De nada sirve a una persona poder fundar el partido político que quiera y poder influir en la administración regional, si no cuenta con la educación y la alimentación necesaria

para poder ejercer tales libertades. En tal medida, la protección de las precondiciones materiales de una democracia es tan importante para el correcto ejercicio de los derechos políticos como la protección de las precondiciones en materia de libertad. Conuerdo plenamente con lo que decía Carlos Santiago Nino al respecto:

(...) si alguien se está muriendo de inanición, o se encuentra muy enfermo y privado de atención médica, o carece de toda posibilidad de expresar sus ideas a través de los medios de prensa, el sistema democrático se vería dañado del mismo modo que lo sería si ese individuo estuviera privado de sus derechos [políticos].⁴

Ahora bien, una de las condiciones básicas que requiere toda persona para poder actuar en democracia es vivir en un ambiente sano. Si las condiciones del aire en el barrio de una ciudad o de un municipio cercano a una determinada explotación de recursos naturales son inadecuadas para la existencia humana, la salud de las personas puede estar en condiciones tales que solo les permita dar una batalla: la de lograr la atención médica para enfrentar los problemas de salud que se padecen. Cualquier tipo de organización o de acción política sería inviable cuando ni siquiera se puede respirar. De forma similar, si las condiciones climáticas se deterioran a tal punto que las personas pasan buena parte del día huyendo de extremos calores o extremos fríos, es muy difícil que puedan desarrollar comunidades participativas políticamente, capaces de autogobernarse y gestionar su propio destino. ¿Cómo puede pensar una campesina o una pescador, por ejemplo, en participar en el gobierno de su comunidad y de sus asuntos, si el ambiente al que se enfrentan se encuentra deteriorado a tal punto que ni siquiera pueden llevar a cabo el ciclo productivo que les garantiza su digna subsistencia y la de los suyos?

Igualmente, el derecho a gozar de un medio ambiente sano supone entre otras cosas el derecho a disfrutar de una clase especial de recursos naturales, que son los recursos hídricos; es decir, las aguas oceánicas y las aguas continentales, los humedales y las aguas subterráneas o termales.⁵ El derecho a

⁴ Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa, Barcelona, 1996.

⁵ Flórez, María Teresa y Parra, Luis Norberto, *Colombia y sus recursos*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1998, pp. 67-79.

disfrutar de recursos hídricos sanos no es el único ingrediente del derecho al medio ambiente sano, pero es uno de sus componentes más importantes, pues de las fuentes de agua depende hasta ahora nuestra vida en el planeta. El derecho al consumo de agua potable no podría garantizárseles plenamente a todos los seres humanos si los recursos hídricos están contaminados, o si se acaban, destruyen o reducen de manera drástica.

El autogobierno de toda persona, el viejo sueño de Manuel Murillo Toro y tantos otros republicanos, no es posible sin condiciones ambientales básicas mínimas.

En una época en la que la tecnología le permite al ser humano afectar el medio ambiente a un grado que puede llegar a devastar el hábitat en el que se encuentra, es preciso que la sociedad, a través de las instituciones del Estado, evite que tal situación se pueda dar. La destrucción del ambiente sano que requiere una persona para vivir en dignidad, es la destrucción de la vida misma, y por tanto, de toda acción política.

Teniendo en cuenta lo dicho hasta el momento, puedo entonces afirmar que el mejoramiento de nuestra democracia maximiza la autonomía territorial. Como indiqué al principio de la exposición, hay al menos dos “derechos políticos fundamentales” en el contexto de la autonomía territorial: el derecho a gobernarse por autoridades propias, elegidas y constituidas democráticamente, y el derecho a que esas autoridades propias ejerzan de manera libre, sin interferencias externas irrazonables y desproporcionadas, las competencias que les asignan la Constitución y la Ley.

Las condiciones propias de un ambiente sano son prerequisite, en muchos aspectos, del ejercicio del primero de estos derechos, el derecho a gobernarse por las autoridades elegidas en libertad y democracia. Tal como se resaltó, la persona que tiene que vivir en una zona que le produce enfermedades y le pone en riesgo su vida (debido a aguas estancadas o no potables, aire deteriorado, cambios climáticos desordenados y extremos), así como la que carece de acceso al agua, ven menguado el ejercicio, en libertad, de sus derechos políticos. Su situación de precariedad las lleva a ser sujetos de la manipulación y corrupción política.

Pero, a su vez, las condiciones propias de un ambiente sano son derrotero del segundo de los derechos: el derecho a que las autoridades elegidas ejerzan libremente las competencias constitucionales y legales correspondientes. El respeto, la protección y la garantía de un ambiente sano son fines que orien-

tan a las autoridades territoriales indicándoles qué deben hacer, cuál ha de ser buena parte de su ocupación. Además, tales obligaciones derivadas de la Constitución Ecológica implican límites al ejercicio de las competencias constitucionales y legales de las autoridades territoriales. Así como las mismas determinan los fines y los medios que la administración debe usar y emplear, prescriben también aquellos fines o medios que deben ser dejados de lado y no pueden ser usados. La imposibilidad de seguir estos caminos se basa en que se afectarían esas mínimas condiciones ambientales y, con ello, entre otras cosas, el goce efectivo de los derechos políticos de toda persona, para elegir y conformar, en libertad y democracia, el gobierno territorial a través del cual se estará autogobernando.

5. Conclusiones

En definitiva, lo dicho hasta el momento permite llegar a cuatro breves conclusiones, con las cuales reitero mi argumento central:

- Primera, la autonomía territorial tiene ciertos límites derivados del derecho constitucional a gozar de un medio ambiente sano. Esos límites, como traté de señalar, se derivan de los deberes estatales de *respeto, protección y garantía* del derecho al medio ambiente sano.
- Segunda, la observancia de esos límites cumple entre otras funciones la de contribuir a asegurarle a todo ser humano su derecho al consumo de cantidades suficientes de agua potable.
- Tercera, la garantía de cantidades suficientes de agua potable, aunque está justificada en tanto nos permite existir en condiciones dignas, al mismo tiempo se justifica porque implica mejorar nuestra democracia constitucional.
- Y cuarta, al perfeccionar nuestra democracia constitucional, se amplifica la autonomía territorial pues se les dan a los habitantes las capacidades necesarias y suficientes para que sean los verdaderos artífices de su propio destino.

La conexión entre el derecho a un ambiente sano y el derecho a la autonomía territorial es tan clara que ha sido desarrollada por el legislador, llegando incluso a matizar el centralismo en materia legislativa que existe en el orden constitucional presente. En efecto, siguiendo los principios señalados, el

legislador ha establecido de forma expresa el principio de rigor subsidiario, en virtud del cual, las normas que se expidan por las autoridades competentes del nivel regional, departamental, distrital o municipal podrán hacerse sucesiva y respectivamente más rigurosas, pero no más flexibles, en la medida en que se descende en la jerarquía normativa y se reduce el ámbito territorial de las competencias, cuando las circunstancias locales especiales así lo ameriten, en concordancia con el artículo 51 de la Ley 99 de 1993.

Título IX

De las funciones de las entidades territoriales y de la planificación ambiental

ARTÍCULO 63. PRINCIPIOS NORMATIVOS GENERALES. A fin de asegurar el interés colectivo de un medio ambiente sano y adecuadamente protegido, y de garantizar el manejo armónico y la integridad del patrimonio natural de la Nación, el ejercicio de las funciones en materia ambiental por parte de las entidades territoriales se sujetará a los principios de armonía regional, gradación normativa y rigor subsidiario definidos en el presente artículo.

(...)

Principio de Rigor Subsidiario. Las normas y medidas de policía ambiental, es decir, aquellas que las autoridades medioambientalistas expidan para la regulación del uso, manejo, aprovechamiento y movilización de los recursos naturales renovables, o para la preservación del medio ambiente natural, bien sea que limiten el ejercicio de derechos individuales y libertades públicas para la preservación o restauración del medio ambiente, o que exijan licencia o permiso para el ejercicio de determinada actividad por la misma causa, podrán hacerse sucesiva y respectivamente más rigurosas, pero no más flexibles, por las autoridades competentes del nivel regional, departamental, distrital o municipal, en la medida en que se descende en la jerarquía normativa y se reduce el ámbito territorial de las competencias, cuando las circunstancias locales especiales así lo ameriten, en concordancia con el artículo 51 de la presente Ley.⁶

⁶ Colombia, Congreso de la República, Ley 99 de 1993, (Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente

En conclusión, cuando el derecho político de autogobierno territorial se ejerce en contra del derecho a un ambiente sano, se choca con las restricciones que razonable y proporcionalmente se derivan del orden constitucional vigente. Pero por similares razones constitucionales, cuando el derecho político de autogobierno territorial se ejerce a favor de una mayor protección del derecho a un ambiente sano, los límites y las restricciones propias de las competencias territoriales se desvanecen y se expanden. Las razones que llevaron a la Constitución a limitar las facultades territoriales para impedir que afecten el goce efectivo del derecho a un ambiente sano, son las mismas que llevaron al Legislador, dos años después, en desarrollo de la Constitución Ecológica, a darle prioridad a la aplicación de un acuerdo municipal, cuando la voz de las regiones supera incluso la de la Ley, en materia ambiental, siempre y cuando se trate de un texto normativo que proteja mejor los derechos involucrados.

Es claro entonces, que los límites a la autonomía de las entidades territoriales que provienen del derecho a un ambiente sano *buscan maximizar la autonomía territorial*, no desconocerla o socavarla.

Bibliografía

Colombia, Constitución Política de 1991.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 1993, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-517 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones), artículo 63. La norma dice adicionalmente: “Principio de Armonía Regional. Los Departamentos, los Distritos, los Municipios, los Territorios Indígenas, así como las regiones y provincias a las que la ley diere el carácter de entidades territoriales, ejercerán sus funciones constitucionales y legales relacionadas con el medio ambiente y los recursos naturales renovables, de manera coordinada y armónica, con sujeción a las normas de carácter superior y a las directrices de la Política Nacional Ambiental, a fin de garantizar un manejo unificado, racional y coherente de los recursos naturales que hacen parte del medio ambiente físico y biótico del patrimonio natural de la nación. (...) Principio de Gradación Normativa. En materia normativa las reglas que dicten las entidades territoriales en relación con el medio ambiente y los recursos naturales renovables respetarán el carácter superior y la [preeminencia] jerárquica de las normas dictadas por autoridades y entes de superior jerarquía o de mayor ámbito en la comprensión territorial de sus competencias. Las funciones en materia ambiental y de recursos naturales renovables, atribuidas por la Constitución Política a los Departamentos, Municipios y Distritos con régimen constitucional especial, se ejercerán con sujeción a la ley, los reglamentos y las políticas del Gobierno Nacional, el Ministerio del Medio Ambiente y las Corporaciones Autónomas Regionales”.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-194 de 1999, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Congreso de la República, Ley 99 de 1993, artículo 51.

Flórez, María Teresa y Parra, Luis Norberto, *Colombia y sus recursos*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1998.

Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1996.

Autonomía territorial y ambiente. Naturaleza jurídica de las Corporaciones Autónomas Regionales

Nilson Pinilla Pinilla*

Sumario

1. Introducción y estructura. — 2. ¿Son las Corporaciones Autónomas Regionales entes autónomos constitucionales o descentralizados por servicios? 2.1. Antecedentes históricos. 2.2. Constitución de 1991 y Ley 99 de 1993. 2.3. Jurisprudencia constitucional, en control abstracto. 2.4. Conflictos de competencia. — 3. Corporaciones autónomas regionales y entes territoriales. — Bibliografía.

1. Introducción y estructura

En el centro neurálgico del análisis de “la autonomía territorial y el ambiente” en Colombia, está la organización y funciones de las corporaciones autónomas regionales, entes que, a partir de lo dispuesto en la Constitución Política de 1991 y en la Ley 99 de 1993, están llamados a interactuar con el nivel central y el descentralizado territorialmente, siendo reiterados los debates que

* Magistrado de la Corte Constitucional, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, con especialización en Ciencias Penales y Penitenciarias de la Universidad Nacional de Colombia; estudios especiales sobre Criminología en la Universidad de Cambridge y otros múltiples cursos de profundización, énfasis y actualización, en Derecho Constitucional, Criminología, Derecho Penal, Procedimiento Penal, en las universidades Nacional de Colombia, Externado de Colombia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Pontificia Universidad Javeriana.

Durante 35 años ha sido catedrático universitario y conferencista en pregrado, especializaciones, maestrías, diplomados, simposios y seminarios, en temas de derecho constitucional, derecho penal general y especial, lucha contra el lavado de activos, derecho probatorio y procedimiento penal, en diferentes claustros nacionales y extranjeros.

de allí surgen, en particular al cotejar la inversión que se realiza y los exigüos beneficios que produce la multiplicidad de órganos intrincados en torno a la nominal preservación de la vida en el planeta tierra.¹

El asunto es tan complejo, que sigue llevando tiempo tan siquiera precisar cuál es la naturaleza jurídica de las corporaciones autónomas regionales, a cuya dilucidación va dirigida la mayor parte de esta presentación.²

2. ¿Son las Corporaciones Autónomas Regionales entes autónomos constitucionales o descentralizados por servicios?

2.1. Antecedentes históricos

Al ser creadas las primeras corporaciones autónomas, establecidas en el Valle del Cauca, Antioquia y Cundinamarca antes de 1991, se dispuso que dichas entidades tendrían la naturaleza jurídica de establecimientos públicos, adscritos en un primer momento al Ministerio de Desarrollo Económico, posteriormente al Ministerio de Agricultura y, en 1968, al Departamento Nacional de Planeación.

Así, en la anterior Carta Política las corporaciones autónomas regionales se homologaban claramente a los establecimientos públicos, como daba cuenta el numeral 10° del artículo 76 de aquel texto superior, que le encomendaba al Congreso:

Regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los artículos 62, 132 y demás preceptos constitucionales; *expedir los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos*, de las sociedades de economía mixta; de las empresas industriales y comerciales del Estado, y dictar las normas correspondientes a las carreras administrativas, judicial y militar.

¹ “...y en el solapamiento de competencias”, según lo indica en su acápite Antonio Carlos Pereira Menaut, profesor de la Universidad de Santiago de Compostela, España.

² El presente escrito no habría sido posible sin el esforzado e ilustrado aporte de dos destacadas estudiosas del tema, las funcionarias de la Corte Constitucional Juliana Sepúlveda Acevedo y Elena María Escobar Arbeláez, distinguidas especialistas de reciente graduación en Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario y Derecho Constitucional de la Universidad Nacional, respectivamente.

En esa medida, las corporaciones autónomas antes de 1991 no ejercieron como verdaderas autoridades ambientales, pues el cumplimiento de su función como administradoras de recursos naturales se encaminó a cumplir los objetivos de una política pública atinente a la activación económica de las regiones, y no tanto a la protección y preservación de los mismos, ejerciendo entonces como entes planificadores del desarrollo regional, tanto en el ámbito económico como en el social.

Entonces, las corporaciones autónomas cumplían funciones de promoción del desarrollo económico y social en sus respectivas zonas geográficas, planificación y ejecución de grandes proyectos, generación de energía hidráulica, manejo adecuado de suelos, manejo del riego, promoción de industrias locales y preservación, conservación y administración de los recursos naturales de la región, “Sus funciones incluían adelantar obras relacionadas con la electrificación, telefonía rural, construcción de vías, acueductos, control de irrigaciones e inundaciones, y *como una función adicional tenían a su cargo la administración de los recursos naturales en sus respectivas jurisdicciones*” (Énfasis fuera de texto).³

2.2. Constitución de 1991 y Ley 99 de 1993

Con la expedición de la nueva Constitución se reconsideraron las funciones de las corporaciones autónomas regionales, al quedar, según los artículos 298 y 311 de la nueva Carta, en los departamentos las funciones de “planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de sus territorios”, y en los municipios las de “prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes”.

Debe destacarse que, aunque el artículo 331 de la Constitución creó la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena,⁴

³ López Dávila, Iván, *Régimen Jurídico de la Corporaciones Autónomas Regionales*, Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2012.

⁴ “La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena es una entidad administrativa de creación constitucional y de regulación legal del orden nacional, que funciona como empresa industrial y comercial del Estado, y bien puede adquirir compromisos financieros para asegurar una mejor ejecución de su objeto. Su autonomía no la hace independiente del Estado ni de la Nación y bien puede gestionar los créditos y los convenios de compensación que necesite con el aval del Gobierno Nacional,

encargándole “la recuperación de la navegación, de la activación portuaria, la adecuación y conservación de tierras” entre otras, no es exacto deducir, a partir de allí, que las demás CAR tengan iguales funciones.

Así mismo, a pesar de la ubicación de este artículo en la Carta Política en el Título XI (“de la organización territorial”), Capítulo IV, (“del régimen especial”), no es posible establecer con precisión cuál es el régimen y naturaleza jurídica asignadas por la Constitución a dichas corporaciones, quedando un amplio marco de configuración al legislador para determinarlo.

Recuérdese que el numeral 7° del artículo 150 superior asignó al Congreso de la República la función de “reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales *dentro de un régimen de autonomía*” (Énfasis fuera de texto).

La doctrina y la jurisprudencia, en ocasiones, han extrañado que el Constituyente no definiese a qué “régimen de autonomía” se refería, conllevando que parcialmente se haya creído que las CAR *son entes tan autónomos* que gozan de un régimen especial semejante al de la Comisión Nacional de Servicio Civil, o las universidades públicas, o el Banco de la República, o la extinta Comisión Nacional de Televisión, cuyas características esenciales son: i) no hacen parte de ninguna de las ramas del poder público, ii) tienen un régimen especial, que les da la posibilidad de ordenar su propio funcionamiento y la forma de cumplir la misión constitucional encomendada y iii) gozan de independencia en la toma de sus decisiones, características que fueron así expuestas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-401 de abril 19 de 2001, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa:

La Corte ha destacado que la autonomía que la Constitución Política otorga a determinados organismos significa, básicamente, i) no pertenencia a alguna de las ramas del Poder, ii) posibilidad de actuación por fuera de las ramas del Poder y por ende actuación funcionalmente independiente de ellas, iii) titularidad de una potestad de normación para la ordenación de su propio funcionamiento y el cumplimiento de la misión constitucional encomendada. La autonomía constitu-

de conformidad con las normas vigentes aplicables a las restantes entidades y organismos nacionales de la Administración central o descentralizada”. Sentencia C-593 de diciembre 7 de 1995, M. P. Fabio Morón Díaz.

cionalmente otorgada marca un límite a la acción de los órganos de las Ramas del Poder sobre los órganos definidos constitucionalmente como autónomos.

Cabe ahora indagar si con la expedición de la Ley 99 de 1993 el Congreso de la República cumplió cabalmente el mandato de regular la autonomía de las CAR, incluyendo en su artículo 23:

Naturaleza Jurídica: las Corporaciones Autónomas Regionales son entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargadas por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio de Medio Ambiente.

De la lectura anterior podría colegirse que el legislador adecuó el “régimen de autonomía” a la administrativa y financiera, el patrimonio propio y la personería jurídica; sin embargo:

- a) Es cuestionable el requisito de la *no pertenencia a alguna de las ramas del poder público*, pues una interpretación sistemática de la Ley 99 de 1993 evidencia que las CAR, bajo la dirección del entonces Ministerio de Medio Ambiente y del Sistema Nacional Ambiental, quedaron en estrecha relación de dependencia dentro de la rama ejecutiva del poder público.

Aunado a ello, el numeral 1° del artículo 31 de la referida ley, indica que es función de las CAR ser las ejecutoras de las políticas, planes y programas nacionales en materia ambiental, definidos, entre otros, por el ahora Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, razón adicional para afirmar su pertenencia al Ejecutivo.

Ahora bien, el citado artículo 23 no clarifica en qué calidad las CAR entran a ser parte de dicha rama, es decir, no identificó si son en-

tidades del sector central, no adscritas al Ministerio (pues tienen personería jurídica) o al sector descentralizado por servicios (pues atienden a sus directrices y son las ejecutoras de su política pública).

- b) En cuanto a la *independencia en la toma de decisiones*, la Ley 99 de 1993 contempla una estructura de las CAR que no la hace posible pues, de un lado, el referido artículo 31, numeral 2° (declarado exequible mediante Sentencia C-596 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa), prevé que las corporaciones autónomas regionales son “máximas autoridades ambientales en el área de su jurisdicción”, pero con el condicionamiento de que esa función debe ejercerse “de acuerdo con las normas de carácter superior y conforme a los criterios y directrices trazadas por el Ministerio del Medio Ambiente”, cláusula que *prima facie* permite establecer que las decisiones tomadas no son independientes, sino orientadas por dichos “criterios y directrices”. Igualmente, llama la atención la forma en que la Ley 99 de 1993 organizó la conformación de los Consejos Directivos de las CAR, ya que, según el artículo 26 de la norma en cita, los mismos estarán conformados por i) el o los gobernadores sobre cuyo territorio ejerza jurisdicción la corporación, ii) un representante del Presidente de la República, iii) un representante del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, iv) hasta cuatro alcaldes de los municipios comprendidos dentro de su respectivo territorio, v) dos representantes del sector privado, vi) un representante de las comunidades indígenas y vii) dos representantes de entidades sin ánimo de lucro.

Observando dicha conformación, ¿podrán generarse decisiones técnicas independientes, cuando la conformación tiene un origen mayoritariamente político, más aún si ese Consejo Directivo elige al Director de la corporación? Sobre este punto se volverá más adelante.

- c) Finalmente, respecto de la *posibilidad de darse su propio orden para el funcionamiento y cumplimiento* de la misión constitucional encomendada, ha de indicarse que, no obstante que el artículo 23 de la norma en comento otorga a las CAR autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, todo ello se condiciona a que su actuar esté conforme a “las disposiciones legales y políticas del Ministerio del Medio Ambiente”, limitándose ese “régimen de

autonomía” constitucionalmente previsto para las corporaciones autónomas regionales.

Realizado este análisis, es preocupante concluir que, ante la interpretación que haya podido darse al artículo 150 numeral 7°, el Congreso, al expedir la Ley 99 de 1993, *no otorgó autonomía* a las CAR, pero tampoco las ubicó claramente dentro de la estructura de la rama ejecutiva, dejando vacíos que se ha intentado llenar por otros conductos, hasta ahora de manera infructuosa.

2.3. Jurisprudencia constitucional, en control abstracto

Mediante Sentencia C-423 de septiembre 29 de 1994, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, se indicó que las CAR eran establecimientos públicos, en un esquema descentralizado por servicios, “En virtud de lo anterior debe esta Corporación señalar que, con la promulgación de la Constitución de 1991, las corporaciones autónomas regionales mantuvieron su condición de establecimientos públicos, aunque tienen un objeto específico dado el carácter especial que el mismo Constituyente les otorgó (art. 150-7 C.P.)”.

En la Sentencia C-593 de diciembre 7 de 1995, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz, al decidirse sobre algunas disposiciones de la Ley 161 de 1994, por la cual se organizó la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, se indicó que las CAR son, además de autoridades intermedias entre la Nación y las organizaciones territoriales,

(...) entidades administrativas del orden nacional que pueden representar a la Nación dentro del régimen de autonomía que les garantiza el numeral 7o. de la Constitución, y están concebidas por el Constituyente para la atención y el cumplimiento autónomo de muy precisos fines asignados por la Constitución misma o por la ley, sin que estén adscritas ni vinculadas a ningún ministerio o departamento administrativo; además, y en la medida definida por el legislador, respetando su autonomía financiera, patrimonial, administrativa y política, pueden ser agentes del Gobierno Nacional, para cumplir determinadas funciones autónomas en los casos señalados por la ley. Aquellas entidades son organismos administrativos intermedios entre la Nación y las entidades territoriales, y entre la administración central nacional y la descentralizada por servicios

y territorialmente, que están encargados, principalmente, aun cuando no exclusivamente, de funciones policivas, de control, de fomento, reglamentarias y ejecutivas relacionadas con la preservación del ambiente y con el aprovechamiento de los recursos naturales renovables.

En la Sentencia C-275 de junio 3 de 1998, Magistrado Ponente Carmenza Izasa de Gómez, se estudió la constitucionalidad del decreto 111 de 1996, que no excluía de la aplicación de las normas del Estatuto Orgánico del Presupuesto a las corporaciones autónomas regionales, para resolver, la Corte reiteró el papel de intermediario de las CAR y explicó que éstas “son personas jurídicas públicas del orden nacional, que cumplen cometidos públicos de interés del Estado y que, con la promulgación de Constitución de 1991, gozan de un régimen de autonomía”, retomando la idea de establecimientos públicos, pero agregando un elemento diferenciador, que distinguió entre los recursos provenientes del Presupuesto General de la Nación y los propios de las corporaciones autónomas regionales, precisando que, por ello, no son objeto de regulación del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Al evaluar algunas normas de la Ley 344 de 1996, tendientes a la racionalización del gasto público y a la repartición de los recursos del fondo de compensación ambiental, en Sentencia C-578 de agosto 11 de 1999, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, la Corte Constitucional varió su posición, pues expresó que las CAR no son establecimientos públicos y no hacen parte del sistema de descentralización por servicios, ya que gozan de una autonomía especial:

En la Constitución de 1991, las Corporaciones Autónomas Regionales son recreadas como organismos de la administración del Estado, solo que bajo un esquema distinto al del régimen anterior, pues se las considera como una organización administrativa con identidad propia, autónoma e independiente, y no como una especie dentro del género de los establecimientos públicos. De suerte que en el momento actual no se articulan funcionalmente al sistema ordinario de la descentralización por servicios, ni están adscritas, por ende, a ningún ministerio o departamento administrativo. Las Corporaciones Autónomas Regionales hacen parte de la estructura administrativa del

Estado, como personas jurídicas autónomas con identidad propia, sin que sea posible encuadrarlas como otro organismo superior de la administración central (ministerios, departamentos administrativos, etc.), o descentralizado de este mismo orden, ni como una entidad territorial; es necesario convenir entonces, que resultan ser organismos nacionales claramente distintos y jurídicamente autónomos, con misiones y actividades específicas e inconfundibles, cuya misión es la de lograr el cumplimiento de los objetivos ambientales y sociales previstos en la Constitución que conduzcan a asegurar a todas las personas el derecho a gozar de un ambiente sano, y a tener a su disposición una oferta permanente de elementos ambientales (...). La autonomía de las corporaciones se revela parecida a la de un órgano autónomo e independiente, en los términos del art. 113 de la Constitución, pero condicionada mucho más a la configuración normativa que al efecto diseñe el legislador dentro de su discrecionalidad política, dado que la Constitución, a diferencia de lo que se prevé en relación con los órganos autónomos en general y con las entidades territoriales, no establece reglas puntuales que delimiten la esencia o el núcleo esencial de la autonomía propia de dichas corporaciones.

Después, mediante Sentencia C-994 de agosto 2 de 2000, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, evaluó algunas disposiciones de la Ley 443 de 1998, especialmente las que regulaban los derechos de los empleados en carrera administrativa, cuyos cargos fueran suprimidos en entidades de la rama ejecutiva, que incluían en esa clasificación a las corporaciones autónomas regionales.

Retomó entonces la posición inicial sobre el papel de intermediarias de estas, destaca su autonomía pero en el marco de un proceso de coordinación interinstitucional con los entes nacionales y locales y exalta la necesidad de armonización de funciones y competencias entre estas diferentes entidades, “Las CAR son entonces entidades que gozan de un régimen de autonomía, que tiene un fundamento constitucional expreso (CP art. 150 ord. 7º), pero que deben igualmente armonizar sus actividades con las entidades territoriales y con las autoridades ambientales nacionales, a fin de que exista una gestión coherente del medio ambiente”.

En la Sentencia C-894 de octubre 7 de 2003, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, se evaluó la exequibilidad del inciso final del artículo 63 de la Ley 99 de 1993, que consagraba la posibilidad de apelar los actos administrativos que emitían las CAR, ante el Ministerio de Ambiente.

En ese momento, la Corte reafirmó el carácter de entes intermediarios de las CAR, precisando que gozan de autonomía especial, por lo cual rechazó la intervención del Ministerio de Ambiente respecto del otorgamiento de licencias por parte de aquéllas. Expresó además:

Teniendo en cuenta las demás atribuciones del Ministerio en relación con la competencia de las corporaciones para expedir licencias ambientales, debe determinar si la facultad de aquel para decidir también sobre la apelación, hace que tales entidades pierdan el contenido mínimo de su autonomía. Para ello, es indispensable establecer si los asuntos respecto de los cuales las corporaciones autónomas expiden licencias van más allá del ámbito regional, afectando directamente intereses nacionales.

Sin embargo, el análisis del carácter regional o nacional de dichos asuntos plantea un problema, pues estos no están definidos en la ley. Por el contrario, como ya se dijo, ésta defiere su determinación al Ministerio de Ambiente. Por otra parte, los asuntos que conoce privativamente la autoridad nacional están enunciados casuísticamente, y el legislador no estableció un criterio general explícito para distribuir competencias entre la Nación y las corporaciones regionales. Por lo tanto, la Corte carece de los elementos para decidir si los asuntos que corresponderían a las corporaciones autónomas desbordan el ámbito regional.

(...) En el presente caso, una decisión inhibitoria se explicaría por la carencia de los elementos de juicio necesarios para establecer si las licencias que corresponde expedir a las corporaciones autónomas comprometen asuntos que se circunscriben en el ámbito meramente regional, o si afectan directamente intereses nacionales.

La Sentencia C-554 de julio 25 de 2007, Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería, evaluó la constitucionalidad del artículo 63 de la Ley 99 de 1993, declarando inexecutable el carácter apelable de los autos administrativos

expedidos por las corporaciones autónomas regionales ante las autoridades del Sistema Nacional Ambiental, SINA, en aplicación del principio de rigor subsidiario. Explicó que *las CAR son autónomas y pertenecen al sector descentralizado por servicios, pero no están adscritas a ningún ministerio o departamento administrativo, es decir, son entidades “regionales”, pero ubicadas como de orden nacional.*

Al estudiar la naturaleza y las funciones de las corporaciones autónomas regionales esta corporación señaló que ellas no son entidades territoriales, responden al concepto de descentralización funcional o por servicios, sin estar adscritas o vinculadas a un ministerio o departamento administrativo, en cuanto ejercen funciones que emanan de las potestades del Estado central, y que el legislador al regular su organización y funcionamiento debe respetar la autonomía de las entidades territoriales.

Mediante Sentencia C-462 de mayo 14 de 2008, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte evaluó la exequibilidad de los numerales 16 y 36 del artículo 5° de la Ley 99 de 1993. En esa ocasión indicó que las CAR,

Son entidades descentralizadas que están a cargo de la planeación y promoción de la política ambiental regional, y constituyen no un típico ejemplo de descentralización territorial, sino, mejor, de descentralización por servicios, toda vez que su jurisdicción puede comprender varios municipios y varios departamentos. La gestión encomendada por la Constitución y la ley a las CAR está sujeta a la coordinación de una autoridad central, por lo que se constituyen en organismos de ejecución de políticas públicas nacionales en el orden regional, lo que implica que sus competencias emanan del Estado central. Para la Corte, *se trata de organismos intermedios entre la Nación y las entidades territoriales, y entre la administración central nacional y la descentralizada por servicios y territorialmente*, que están encargados, principalmente, aun cuando no exclusivamente, de funciones policivas, de control, de fomento, reglamentarias y ejecutivas relacionadas con la preservación del ambiente y con el

aprovechamiento de los recursos naturales renovables. La competencia regional que se les reconoce a las CAR deriva de los programas de protección ambiental, que deben acomodarse a los contornos naturales de los subsistemas ecológicos que superan los linderos territoriales, esto es los límites políticos de las entidades territoriales (Énfasis fuera de texto).

2.4. Conflictos de competencia

Esta otra clase de pronunciamientos de la Corte Constitucional, corrobora la necesidad de unificación jurisprudencial, para superar la confusa preceptiva en torno a la naturaleza jurídica de las CAR.

- En auto 281 de octubre 11 de 2006, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, la Corte expuso que las CAR podían asumirse como entidades nacionales del sector descentralizado por servicios y no del orden central nacional.
- En auto 341 de noviembre 29 de 2006, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional resolvió un presunto conflicto de competencia entre el Consejo Seccional de la Judicatura del Huila, Sala Jurisdiccional Disciplinaria y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pitalito, anotando:

(...) las Corporaciones Autónomas Regionales gozan de una naturaleza especial, en virtud de la autonomía otorgada por la Constitución. En este sentido, a pesar de que cumplen funciones en una jurisdicción biogeográfica, su naturaleza jurídica la constituye como una persona jurídica pública autónoma del orden nacional.

Analizado lo anterior, se logra constatar que la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena es una entidad de orden nacional, con un régimen especial de autonomía.

Con tal fundamento, se determinó que el conocimiento de la acción de tutela le correspondía a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Huila, al considerar que las CAR, al tener una “naturaleza sui generis”, se ubican en el sector central del orden nacional.

- En el auto 322 de noviembre 19 de 2008, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte declaró que las corporaciones autónomas regionales tienen una naturaleza jurídica especial y que no pueden encasillarse estrictamente como entidad nacional, departamental, distrital o municipal, aunque estén compuestas por entidades territoriales como los departamentos, los distritos y los municipios, concluyendo con esto que las normas que determinan la naturaleza de las corporaciones autónomas regionales no especifican si se trata de una entidad del orden nacional, departamental o municipal, pero sí se trata de entidades con carácter especial (art. 40, Ley 489 de 1998).
- En auto 015 de enero 27 de 2009, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió un presunto conflicto de competencia entre el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali y la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, originado en una acción de tutela, donde el primero adujo no ser “competente” para conocer de dicha acción, dado que en su criterio las corporaciones autónomas regionales son entidades del orden nacional, por lo cual ordenó remitir las diligencias para que se efectuara el reparto a los tribunales superiores, administrativos o consejos seccionales de la judicatura.

Sin embargo, la Sala Penal del Tribunal de Cali rehusó conocer la acción de tutela, al considerar que las funciones y el campo de ejecución de las actividades de las corporaciones autónomas hacían parte del sector departamental; en consecuencia, ordenó devolverla al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali.

Esta Corte, después de citar el Decreto 1275 de 1994, en el cual se establece la naturaleza jurídica de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca –Cvc–, el artículo 23 de la Ley 99 de 1993 y el artículo 40 de la Ley 489 de 1998 mencionó que ni en la ley ni en los reglamentos se define nítidamente la naturaleza jurídica de las corporaciones autónomas regionales y que solo está claro que ellas tienen un carácter especial. Empero, ordenó que el asunto fuera resuelto por el primer despacho (Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali), por la preeminencia de los principios de celeridad y eficiencia, immanentes a la acción de tutela.

- Con todo, en la misma fecha del auto 015 de 2009, anteriormente reseñado, emitió el auto 023 de enero 27 de 2009, Magistrado

Ponente Rodrigo Escobar Gil, en el cual resolvió otro aparente conflicto de competencia en acción de tutela, señalando que las CAR son entes administrativos del orden nacional, pero negó “la pretensión del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali de no conocer la acción de tutela contra la Cvc al considerar que no obstante ser dicha autoridad ambiental del nivel nacional, aquél al admitir dicha acción de tutela fijó la competencia a prevención y no puede alterar la misma remitiendo el expediente al Tribunal Superior”.

- Mediante auto 089A de febrero 24 de 2009, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto, se resolvió un supuesto conflicto de competencia en acción de tutela, entre el Juzgado Duodécimo Penal del Circuito de Cali y la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad.

En dicho auto se reconoció que la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de la naturaleza jurídica de las CAR, indicando que tienen i) “naturaleza jurídica especial o *sui generis*”, pues no pertenecen al sector central de la administración ya que, por mandato de la Constitución, son organismos autónomos (artículo 150 numeral 7°), ii) pero no son entidades del sector descentralizado por servicios, porque no están adscritas ni vinculadas a ningún ente del sector central, iii) ni son entidades territoriales, debido a que no están incluidas en el artículo 286 superior, que las menciona de forma taxativa, además de que pueden abarcar una zona geográfica mayor a la de una entidad territorial. Por ello, iv) se ha determinado que son “entidades administrativas del orden nacional”, v) o descentralizadas por servicios, así no estén adscritas o vinculadas a entidad alguna.

Así, en el referido auto señaló que existía una disparidad de criterios en la jurisprudencia constitucional sobre la naturaleza jurídica de las CAR, por lo que considera necesario unificar su posición en este tema, acogiendo la primera de las opciones descritas por ser la que más se ajusta al texto constitucional, al estimar que

(...) no es posible sostener que las CAR son entidades descentralizadas por servicios pues éstas están siempre adscritas o vinculadas a una entidad del sector central, lo cual no sucede en este caso por la

autonomía que el artículo 150, numeral 7, de la Constitución expresamente ha dado a las CAR. En este sentido, las CAR son entidades públicas del orden nacional.

No obstante lo reseñado, Iván López Dávila (*ob. cit.*) expresa constructivamente que

La Corte Constitucional en sus principales sentencias sobre la naturaleza jurídica de las corporaciones autónomas regionales considera que se trata de entes autónomos consagrados por voluntad del constituyente pero cuyo régimen fue deferido al legislador, que se asimilan a entes públicos del orden nacional descentralizados por servicios en cuanto a ciertos efectos presupuestales o de planificación, pero que gozan de plena autonomía respecto de sus recursos propios y para el cumplimiento de sus actividades y funciones definidas en sus estatutos, en su planta de personal o en el decreto reglamentario de licencias ambientales, situación que no debe confundirse con el control de tutela o de inspección y vigilancia que debe ejercer por mandato legal el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), como ente rector y coordinador del Sistema Nacional Ambiental, según lo dispuesto en la Ley 99 de 1993 y sus decretos reglamentarios, caso en el cual no se transgrede el régimen de autonomía de las corporaciones autónomas regionales.

Para dar nombre a tal variedad de interpretaciones, engendrada por la oscuridad normativa, es factible reseñar que son tres las vertientes de dilucidación en torno a la naturaleza jurídica de las CAR: la autonómica, la de la descentralización por servicios y la especial.

En la primera se optaba porque las corporaciones autónomas regionales gozan de autonomía constitucional, siendo entes de vigilancia y control de la política ambiental nacional y de protección y preservación de la naturaleza; sin embargo, esa tendencia se diluyó con la expedición de la Ley 99 de 1993, que las ubicó en el ámbito de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

En la de la descentralización por servicios, cada CAR funciona bajo la dirección del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, siendo máxima

autoridad ambiental en el respectivo territorio, ejecutora de las políticas públicas establecidas desde el Ejecutivo.

Pero las connotaciones tan específicas de las corporaciones autónomas regionales conducen, necesariamente y ante las omisiones legislativas apreciadas, a que se siga pregonando su carácter *especial* y se las denomine en el futuro como lo que son: instituciones *sui generis*.

3. Corporaciones autónomas regionales y entes territoriales

Son persistentes los problemas de ambigüedad funcional, colisión de competencias, reciprocidad de censuras y acusaciones de los que aducen que esperaban que el otro actuara y ninguno lo hizo, mientras se derrocha burocracia y amagos de operatividad, entre los entes autónomos regionales y los territoriales (departamentos, distritos, municipios y sus peculiares órganos descentralizados).

Recuérdese que los artículos 289, 300 (numeral 2), 302, 310, 313 (numeral 9) y 317 de la Constitución establecen actividades a los distintos territoriales, para “fomentar el control la preservación y la defensa del patrimonio ecológico del departamento o municipio”, con inmanejables desarrollos normativos posteriores; pero, a la vez, para beneficio de intereses particulares, la falta de definiciones ha interferido en los diversos ámbitos territoriales y las CAR, y ello suele repercutir negativamente en la naturaleza, en la vida de todos y, de manera dramática, en contra las futuras generaciones. Es el caso de las actividades mineras y otro tipo de explotaciones con ciego rendimiento actual a costa de graves inopias futuras. Las desmedidas apetencias particulares y la incontinencia burocrática son, a su turno, fuentes de politización, ineficiencia y corrupción.

La politización de las CAR, confesada desde los más altos niveles de la Rama Ejecutiva, tiene origen desde la conformación de los Consejos Directivos, integrados por el Presidente de la República o su delegado, el hoy Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible o su delegado, los gobernadores de departamento y hasta cuatro (4) alcaldes municipales de los respectivos territorios, y la elección del Director General de cada corporación.⁵ Desde su diseño no existe una verdadera independencia técnica para la toma de decisiones.

⁵ Cfr. sobre la Sentencia C-366 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, mediante la cual fue analizado el Decreto Extraordinario 3565 de 2011 (“Por el cual se modifican parcialmente la Ley 99 de 1993 y la Ley 1263 de 2008”), declarando inexecutable sus artículos 1°, 2° y 3°, prácticamente todo el decreto,

Así lo refirió el tratadista López Dávila, en la obra precitada:

Generalmente el Gobernador o Congresista de turno, son quienes de común acuerdo con los delegados del Presidente de la República y del Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible escogen a dicho Director, y controlan fácilmente a las minorías, como, por ejemplo, los cuatro (4) alcaldes elegidos por la Asamblea General, aprovechando el hecho de que estos alcaldes dan su voto para elegir Director cuando se encuentran a dos (2) o tres (3) días de entregar su cargo, lo cual los convierte en presa fácil de cualquier ofrecimiento burocrático del grupo mayoritario del sector público. Es por esta razón que las minorías (Representantes de la Sociedad Civil y alcaldes elegidos por la Asamblea General) casi nunca logran tener la oportunidad de dirigir los destinos de estas corporaciones autónomas regionales.⁶

El Presidente del Consejo Directivo suele ser uno de los gobernadores, por lo que, en caso de ver afectados los intereses económicos, sociales o políticos del ente territorial, en razón de que existan requerimientos o procesos administrativos sancionatorios ambientales en su contra, ejercerá su poder para desvirtuar dichos procesos, a costa de los intereses colectivos ambientales, obteniendo una utilidad particular y no general.

De los doce integrantes de los consejos directivos, siete son de relación electoral,⁷ lo que puede generar “prácticas políticas clientelistas, convirtiéndose

pues solo quedaría vigente el 4°, sobre vigencia. Encontró la Corte exceso en el uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 1444 de 2011, las cuales deben interpretarse en forma restrictiva; los temas no incluidos en tales facultades eran: Art. 1° asignación a las CAR de una función del Ministerio sobre evaluación, seguimiento y control de los factores de riesgo ecológico. Art. 2° cambios en el período de los directores de las CAR. Art. 3° cambios en los períodos de los planes de acción de las CAR.

SV de los Magistrados Sierra, Mendoza y Guillén, quienes consideraron que lo que se hizo en este decreto sí cabía dentro de las facultades asignadas. La Sentencia C-396 de 2012 (M. P. Jorge Iván Palacio) decidió estarse a lo resuelto en la C-366 de 2012 (anterior), en relación con el período de los directores de las CAR.

⁶ López Dávila, Iván, *Régimen Jurídico de la Corporaciones ...*, op. cit.

⁷ En el artículo 26 de la Ley 99 de 1993, dispone que el órgano de dirección y administración de la corporación y estará conformado por: El consejo directivo se encuentra integrado por el gobernador, los dos (2) representantes del Presidente de la República y del Ministro del Medio Ambiente y los cuatro (4) alcaldes; y cinco (5) de la sociedad civil: dos (2) representantes del sector privado, uno (1) de las comunidades indígenas y dos (2) de las entidades sin ánimo de lucro.

en feudos de un determinado barón electoral o de un determinado grupo político, con lo que se ve afectada su eficacia y eficiencia”.⁸

Repercute en todo esto el tradicional fraude que se sigue cometiendo contra lo dispuesto por el artículo 125 de la Constitución, por la burla al sistema de carrera y el abuso de las vinculaciones por prestación de servicios, a veces con desdén hacia la real idoneidad en temas ambientales.

En marzo 30 de 2012, en el diario El Espectador, Víctor M. Tafurel publicó “Las CAR: ¿maquillaje político?”, donde anotó que

(...) para mejorar la gobernanza ambiental de las CAR, el Congreso debe hacer una reforma de fondo que fortalezca su papel fundamental como responsables del medio ambiente a nivel regional, con carácter técnico, y fijar mecanismos que garanticen transparencia en la planeación y ejecución de obras ambientales. De lo contrario, la reforma quedará reducida a un ‘maquillaje político’ que no hará mayor diferencia.⁹

Igualmente, José Félix Lafaurie Rivera, en una columna en el periódico El Universal,¹⁰ de mayo 1° de 2011, titulada “CAR comidas por la politiquería” señaló que el exceso de estragos por los fenómenos climáticos:

Nacieron con las mismas Corporaciones Autónomas Regionales, CAR. La Constitución del 91 le entrega expresamente al Congreso la función de reglamentar la creación y funcionamiento de estas entidades dentro de un régimen de autonomía (Art 150-7). Boquete que fue aprovechado para que en la Ley 99 de 1993 (por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones), se incluyera la

⁸ López Dávila, Iván, *Régimen Jurídico de la Corporaciones ...*, op. cit.

⁹ Tafurel, Víctor M., “Las CAR: ¿maquillaje político?”, *El Espectador*, marzo 30 de 2012, en <http://www.elespectador.com/impresso/opinion/columna-335617-car-maquillaje-politico>

¹⁰ Lafaurie Rivera, José Félix, “CAR comidas por la politiquería”, *El Universal*, Columna, Bogotá, mayo 1° de 2011, en <http://www.eluniversal.com.co/columna/carcomidas-por-la-politiqueria>

naturaleza jurídica y los órganos de dirección y administración de las CAR (la Asamblea Corporativa, el Consejo Directivo, y el Director General), todos bajo una óptica netamente burocrática.

Adicionalmente, el Presidente de la República, Juan Manuel Santos Calderón, señaló en enero 22 de 2012 que el propósito de intervenir las corporaciones autónomas regionales es darles “una mejor gobernabilidad, más transparencia en sus acciones, focalizar su acción a lo que fueron realmente concebidas, y además, obligarlas a actuar en función de las cuencas hidrográficas”, agregando prudentemente que no se puede generalizar que todas las CAR tengan problemas de corrupción, ya que “no todas están politizadas, ni todas son corruptas”, pero sí están mal concebidas.¹¹

Es palmario entonces resaltar que las corporaciones autónomas regionales tienen que coadyuvar al cumplimiento de mandatos constitucionales, como los artículos 8°, 79 y 80, entre tantos otros, respecto a la protección del derecho a un ambiente sano, a la planificación del “manejo y aprovechamiento de los recursos naturales” y al deber de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponiendo las sanciones legales y exigiendo la reparación de los daños causados.

Por ello, nuestra Constitución Ecológica¹² clama porque las CAR, al igual que los entes territoriales y de control, sean verdaderos veedores ambientales, eficientes, técnicos, independientes, transparentes, valientes en la toma de decisiones y acatados, en pro de la preservación y conservación de la naturaleza, demostrando mayor conciencia ambiental y colectiva, pues sin indemnidad ambiental la vida no será posible.

Así se pregonó en el preámbulo de la Carta de la Tierra,¹³ hace ya veinte desperdiciados años:

¹¹ Dicha publicación fue realizada por el Sistema Informativo del Gobierno. En http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Enero/Paginas/20110122_03.aspx

¹² La Corte Constitucional ha reconocido el carácter ecológico de la Constitución dando un carácter fundamental al derecho al ambiente sano, directamente y en su conexidad con la vida y la salud, entre otros, que impone deberes correlativos al Estado y a los habitantes del territorio nacional (ver T-092 de febrero 19 de 1993, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez y C-671 de junio 21 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería).

¹³ “La Iniciativa de la Carta de la Tierra es una red global y diversa de personas, organizaciones e instituciones que participan en la promoción y en la implementación de los valores y los principios de la Carta de la Tierra. La Iniciativa representa un amplio esfuerzo voluntario de la sociedad civil. Entre los

Estamos en un momento crítico de la historia de la Tierra, en el cual la humanidad debe elegir su futuro. A medida que el mundo se vuelve cada vez más interdependiente y frágil, el futuro depara, a la vez, grandes riesgos y grandes promesas. Para seguir adelante, debemos reconocer que en medio de la magnífica diversidad de culturas y formas de vida, somos una sola familia humana y una sola comunidad terrestre con un destino común. Debemos unirnos para crear una sociedad global sostenible fundada en el respeto hacia la naturaleza, los derechos humanos universales, la justicia económica y una cultura de paz. En torno a este fin, es imperativo que nosotros, los pueblos de la Tierra, declaremos nuestra responsabilidad unos hacia otros, hacia la gran comunidad de la vida y hacia las generaciones futuras.

Colombia es uno de los países con más rica biodiversidad en el mundo y ha adquirido serios compromisos internacionales para el cuidado de la naturaleza, a través de múltiples tratados, como el Convenio de Diversidad Biológica,¹⁴ el Acuerdo de Durban,¹⁵ las Metas del Milenio de la Cumbre de las Naciones Unidas en 2000,¹⁶ la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible,¹⁷ entre otros.

participantes se incluyen destacadas instituciones internacionales, gobiernos nacionales y sus agencias, asociaciones universitarias, organizaciones no gubernamentales y grupos comunitarios, gobiernos locales, grupos ecuménicos, escuelas y negocios —al igual que miles de personas a nivel individual.” En http://www.earthcharterinaction.org/invent/images/uploads/echarter_spanish.pdf

¹⁴ Dicho Convenio fue ratificado por Colombia mediante la Ley 165 de 1994.

¹⁵ Ese Acuerdo es uno de los tres documentos elaborados como resultado de un debate del V Congreso Mundial de Parques, convocado en 2008 por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, el propósito de dicho convenio era renovar el compromiso mundial para adoptar medidas para la conservación de las áreas protegidas.

¹⁶ La mencionada meta se realizó en septiembre de 2000, en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas en Nueva York, las que fueron aprobada por 189 naciones entre las que se encuentra Colombia, en la cual se convino establecer metas y objetivos con plazos perentorios (2015) para combatir: i) la erradicación de la pobreza extrema y el hambre, ii) lograr la educación primaria universal, iii) promover la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer, iv) reducir la mortalidad de los niños menores de cinco años, v) mejorar la salud materna, vi) combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades, vii) garantizar la sostenibilidad del medio ambiente y viii) fomentar una alianza mundial para el desarrollo.

¹⁷ Es el documento final de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sustentable realizada en septiembre 2 al 4 de 2002 en Johannesburgo, Sudáfrica, entre los compromisos que se ejecutaron en dicha cumbre fue que se “haya centrado la atención en la universalidad de la dignidad humana y estamos resueltos, no solo mediante la adopción de decisiones sobre objetivos y calendarios sino también

La pregunta es ¿de qué sirven esos tratados internacionales y la proliferación de normas de protección ecológica internas y de entidades ambientales? En los últimos años, es ostensible que Colombia está prohiendo proyectos de extracción mineral y otros de explotación de recursos naturales a gran escala, propiciando gran enriquecimiento para los empresarios, foráneos en gran parte, y algo de desarrollo nacional, pero con desprecio hacia los ecosistemas y las comunidades rurales.

Notable muestra de la ambivalencia colombiana la patentó Guillermo J. Cano en su magnífica obra *Derecho, política y administración ambientales*, en la que hizo constar sobre el Código de Recursos Naturales Renovables colombiano (D. 2811/1974), lo siguiente: “Que si bien esta es una ley nacional interna, los principios de derecho ambiental internacional que sienta merecen un comentario, porque adoptados en 1974, marcan un hito en la historia de dicho derecho”, y en la página 325 anotó: “el delegado colombiano a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata en 1977, parece no haber tenido conocimiento de esta norma, porque votó en contra de una recomendación que reafirmaba el principio de información.”¹⁸

Ejemplos adicionales se reflejan en el artículo “Tres puntos clave de la explotación petrolera en San Andrés”, reportaje de La Silla Vacía, realizado por Paolo Usseglio, en agosto 1° de 2011, donde se anotó que la “propuesta de exploración petrolera en la reserva de biósfera Seaflower, en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina ha resultado delicada y polémica, considerando que el área a ser explorada ha sido declarada por la UNESCO como una reserva de biosfera patrimonio de la humanidad”,¹⁹ a pesar de que en la actualidad dicha licencia se encuentra suspendida, en el otorgamiento de la misma se evidencia la falta de compromisos que tienen las autoridades para proteger tan inmaculado recurso natural.

Semejante fue el yerro cometido con el otorgamiento del título minero expedido a favor de la multinacional canadiense Cosigo Resources, para la

mediante asociaciones de colaboración, a aumentar rápidamente el acceso a los servicios básicos, como el suministro de agua potable, el saneamiento, una vivienda adecuada, la energía, la atención de la salud, la seguridad alimentaria y la protección de la biodiversidad”.

¹⁸ Cano, Guillermo J, *Derecho, política y administración ambientales*, Depalma, Buenos Aires, p. 324.

¹⁹ Usseglio, Paolo; “Tres puntos clave de la explotación petrolera en San Andrés”, reportaje de La Silla Vacía, agosto 1° de 2011. En <http://www.lasillavacia.com/historia-invitado/26169/hypoplectrus/tres-puntos-clave-de-la-explotacion-petrolera-en-san-andres>

explotación en la Amazonía colombiana, específicamente en el parque natural Yaigójé-Apaporis, ubicado entre los departamentos de Amazonas y Vaupés, pues, recuérdese que por su naturaleza de reserva y patrimonio ambiental de la Nación, dicho parque debe ser protegido y no puede ser blanco de ese tipo de explotación.²⁰

El páramo de Santurbán, el alto de la Línea (“Colosa”) y la Sierra Nevada de Santa Marta, entre muchos otros, son ecosistemas que aún se pueden salvaguardar, dada la preeminencia que merecen los frailejones (productores de aire y agua) por encima de los dólares (engendrados de codicia), mediando el imperativo ético que impulsa a la humanidad a preservar la vida, a través del cuidado de los recursos naturales, encontrando nuevas visiones de desarrollo sostenible, tornándolo una obligación, razón por lo cual pronto dejaré de escudriñar en las hojas de los libros, para dedicarme a contemplar y proteger las hojas de los árboles.

Bibliografía

Colombia, Constitución Política de 1991.

Colombia, Congreso de la República, Ley 99 de 1993.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-401 de abril 19 de 2001, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-596 de 1998, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-423 de septiembre 29 de 1994, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-593 de diciembre 7 de 1995, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-275 de junio 3 de 1998, Magistrado Ponente Carmenza Izasa de Gómez.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-578 de agosto 11 de 1999, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-994 de agosto 2 de 2000, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

²⁰ “Multinacionales explotando parques nacionales naturales. Solicitan impedir explotación minera en un área de la Amazonía”. Reporte del periódico *El Espectador*, julio 13 de 2011.

- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-894 de octubre 7 de 2003, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-554 de julio 25 de 2007, Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-462 de mayo 14 de 2008, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Colombia, Corte Constitucional, Auto 281 de octubre 11 de 2006, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.
- Colombia, Corte Constitucional, Auto 341 de noviembre 29 de 2006, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Colombia, Corte Constitucional, Auto 322 de noviembre 19 de 2008, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- Colombia, Corte Constitucional, Auto 015 de enero 27 de 2009, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- Colombia, Corte Constitucional, Auto 089A de febrero 24 de 2009, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- Cano, Guillermo J., *Derecho, política y administración ambientales*, Depalma, Buenos Aires, 1978.
- El Espectador*, “Multinacionales explotando parques nacionales naturales. Solicitan impedir explotación minera en un área de la Amazonía”. Reporte, julio 13 de 2011.
- Lafaurie Rivera, José Félix, “CAR comidas por la politiquería”, *El Universal*, Columna, Bogotá, mayo 1° de 2011, en <http://www.eluniversal.com.co/columna/carcomidas-por-la-politiqueria>
- López Dávila, Iván, *Régimen Jurídico de la Corporaciones Autónomas Regionales*, Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2012.
- Tafurel, Víctor M., “Las CAR: ¿maquillaje político?”, *El Espectador*, marzo 30 de 2012, en <http://www.elspectador.com/impreso/opinion/columna-335617-car-maquillaje-politico>
- Usseglio, Paolo; “Tres puntos clave de la explotación petrolera en San Andrés”, Reportaje, *La Silla Vacía*, agosto 1° de 2011. En <http://www.lasillavacia.com/historia-invitado/26169/hypoplectrus/tres-puntos-clave-de-la-explotacion-petrolera-en-san-andres>

El orden jurídico internacional frente al Estado y las regiones

Mauricio González Cuervo*

Sumario

1. Introducción. — 2. La internalización del orden jurídico internacional. — 3. La internacionalización del orden interno. — 4. La integración latinoamericana y las regiones. — 5. Conclusión.

1. Introducción

El asunto que voy a tratar es un poco inasible, teniendo en cuenta que el tema de esta obra se centra en el régimen jurídico y las proyecciones dinámicas de la región, entendida como realidad sociológica y entidad territorial compuesta o de segundo grado, en las prescripciones constitucionales aún no realizadas. Dada la estructura unitaria de nuestro Estado y la circunstancia común a los Estados nacionales de que la representación internacional se halla en cabeza de las autoridades nacionales —o de la unión o la federación, según el caso—, las unidades políticas territoriales no son hoy los principales actores del derecho internacional. Pero, sin duda, el nuevo orden internacional que emerge de la transformación del Estado-Nación dará cada vez mayor relevancia a las regiones y ciudades como sujetos de las regulaciones internacionales. De

* Magistrado de la Corte Constitucional y su Presidente en el período 2010-2011. Abogado de la Universidad del Rosario con especialización en Economía de la Universidad de los Andes. Se ha desempeñado como Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, Viceministro del Interior, Viceministro de Justicia, Director de la Corporación Excelencia en la Justicia, Asesor Jurídico de la Federación Nacional de Cafeteros, Asesor Jurídico del Ministerio del Interior y Secretario de Gobierno de Ibagué. Es profesor titular de Derecho Constitucional e Historia Constitucional Colombiana en la Universidad del Rosario.

momento, la referencia directa a las regiones desde la perspectiva del derecho internacional puede resultar decepcionante. Por ello, he querido hacer en esta exposición un aterrizaje en los siguientes aspectos: partiendo de lo que denominaríamos (i) la *internalización* del orden jurídico internacional, pasaremos a la dinámica opuesta, es decir, a (ii) la *internacionalización* del orden jurídico nacional, para abordar un mandamiento constitucional muy específico de (iii) integración latinoamericana y la repercusión de este propósito constitucional en las regiones de Colombia y, específicamente, la región caribe, a partir de (iv) las zonas de desarrollo fronterizo.

2. La internalización del orden jurídico internacional

Tradicionalmente la doctrina de los internacionalistas ha debatido la problemática de las relaciones entre el orden jurídico internacional y el orden jurídico interno, a partir de unas categorías doctrinarias que podemos cifrar como el ‘monismo’ y el ‘dualismo’ jurídicos, entendiendo que tales conceptos aluden a la existencia de dos bloques normativos, el internacional y el interno, y a sus formas particulares de correlación.

El monismo con prevalencia del derecho internacional tiene dos implicaciones necesarias: en primer término, la eficacia directa de la norma internacional en el ámbito del derecho interno y, en segundo lugar, la prevalencia de la norma internacional —con algunas especificidades— en el orden jurídico de los Estados. A su vez, el dualismo tiene una forma de reconocimiento muy clara: la figura de la transposición o re-elaboración normativa, es decir, la reproducción de los contenidos de la norma internacional para su incorporación a través de actos soberanos jurídicos internos que, entre nosotros, se concreta en la aprobación que hace el Congreso de la República de la norma de fuente internacional.

¿Qué ocurre entre nosotros? Por unos aspectos podemos decir que reconocemos la prevalencia del derecho interno representado en el ordenamiento constitucional; por otras razones, que optamos por la prevalencia del derecho internacional. Pero inexorablemente, a medida que la sociedad internacional se encamina hacia una noción de soberanía internacional de las naciones —y no como un resultado de la sumatoria de la soberanía de los Estados—, vamos diseñando un monismo con prevalencia, por supuesto, del derecho internacional, tal como lo avizoró, desde las primeras décadas del siglo veinte, un coloso del derecho continental, el austriaco Hans Kelsen.

¿Dónde se apreciaba más clara esta tensión entre monismo y dualismo en el orden jurídico interno colombiano? Miremos cómo las normas concordatarias —normas internacionales incorporadas a través de la Ley 4 de 1970 en el orden jurídico nacional— fueron objeto de una revisión constitucional, pese a que el control integral de los tratados internacionales fue diseñado en la Constitución de 1991 como un control previo a su perfeccionamiento. La Corte Constitucional, asumiendo competencia para revisar un tratado ya ratificado, consideró que existían disposiciones del Concordato que entraban en franca contradicción con el estatuto de los derechos fundamentales, específicamente con algunas disposiciones relativas al estado civil de las personas, la libertad de conciencia y la instrucción pública. Por lo tanto, procedió a declarar inexecutable las normas internacionales perfeccionadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, consideradas por algunos de los entonces magistrados como una trasgresión al principio del *pacta sunt servanda*. Sin embargo, la Corte confirió prevalencia a la aplicación de las normas que consagraron derechos fundamentales en la nueva Constitución, las que entraban a erigirse, por sobreviniencia, como un nuevo parámetro de control que fundamentaba la revisión de la norma concordataria.

Por el contrario, años después, con ocasión del examen de constitucionalidad de la ley aprobatoria del Estatuto de Roma que consagra la jurisdicción penal internacional, la jurisprudencia de nuestro Tribunal parece haber tomado una decisión en otro sentido. Frente a algunas contradicciones entre las garantías constitucionales que integran el debido proceso, previstas en la Constitución del 91 y aquellas disposiciones del Estatuto de Roma restrictivas de las mismas garantías —prisión perpetua para determinados delitos, excepciones al principio de defensa técnica e imprescriptibilidad de conductas ilícitas—, el Constituyente decidió expedir un Acto Legislativo facultando explícitamente al Estado colombiano para aprobar y ratificar el Tratado de Roma —reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional—, aclarando también que el tratamiento ‘diferente’ dado en el Estatuto a las garantías reconocidas en la Constitución solo sería admisible en el ámbito de la jurisdicción de la CPI. De este modo se reconoció que las normas constitucionales sobre garantías procesales podían constituirse en parámetro de control de aquellas normas sustanciales del Estatuto de Roma, razón por la cual juzgó necesaria la expedición de un acto reformativo de la Constitución para autorizar su expresa ratificación.

Recientemente se presentó otro ejemplo muy interesante, contenido en una sentencia de la Corte Constitucional que se ocupó del examen del acto legislativo No. 1 de 2009, en relación con las circunscripciones electorales de pueblos indígenas y etnias, en aplicación del Acuerdo Internacional 169 de la OIT. El máximo tribunal constitucional consideró que aquellas reglas internacionales que imponen deberes de consulta previa al Estado colombiano en relación con medidas legislativas y administrativas que afecten directamente pueblos indígenas o tribales serían de obligatorio acatamiento, también en el procedimiento de formación de reformas constitucionales. En otras palabras, la decisión de la Corte convirtió al acuerdo 169 de la OIT en parámetro de control de reformas constitucionales, en cuanto al proceso de formación de las mismas.

¿Qué común denominador hay en estas líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional? Que privilegia los derechos fundamentales y la aplicación preferente de las normas que los reconocen, facilitan o elevan sus niveles de protección. Por eso, tratándose del Concordato, tomó la decisión de hacer prevalecer el orden constitucional interno sobre la norma concordataria y, en otros casos, dar preeminencia a la norma internacional, aceptando como parámetro del control formal de las reformas constitucionales que afecten directamente intereses de las comunidades indígenas o tribales, las disposiciones del Acuerdo 169 de la OIT.

Por otro lado, hablando de la *internación*, *interiorización* o *internalización* del orden internacional en el derecho interno, es forzoso hacer una referencia al denominado ‘bloque de constitucionalidad’. El bloque de constitucionalidad es una figura ya familiar en la operación del derecho de los derechos humanos en Colombia. Sin embargo, entraña algunos aspectos conflictivos sobre si las normas del derecho internacional de derechos humanos —tratados de derechos humanos y los que limitan los estados de excepción— constituyen parámetros de control de constitucionalidad o verdaderas normas de rango constitucional en sentido material.

Maurice Hauriou habló del ‘bloque de legalidad’ como un conjunto de disposiciones legales que controlan los actos de la administración. Posteriormente, en España y en Italia, surgieron referencias a normas infra o sub-constitucionales, a modo de normas interpuestas entre la ley constitucional y la ley ordinaria. De esta manera, se fue complejizando el parámetro de control para examinar la constitucionalidad o decidir la inconstitucionalidad de la legisla-

ción ordinaria. En Europa, este ‘bloque de constitucionalidad’ así considerado, se utilizó para realizar el juicio de constitucionalidad de leyes relativas a la cuestión de las nacionalidades en España o del derecho comunitario en Italia.

Posteriormente se ha entendido que existen principios y reglas de rango constitucional —no infra constitucional— que pueden utilizarse como parámetro de control de las leyes ordinarias. El caso que encuentro precursor es el de la jurisprudencia francesa que concluyó que las disposiciones consagratorias de derechos, no incorporadas formalmente en el texto constitucional, hacen parte integral e indisoluble de ella. Así, además de las normas constitucionales en sentido formal, existen otras normas conformadas por principios y reglas del constitucionalismo que también integran eso que viene a llamarse ‘bloque de constitucionalidad’, en sentido material, es decir, atribuyendo a estas normas un rango similar al de las normas constitucionales formalmente expedidas.

En Colombia hemos arribado a una consolidación jurisprudencial: ya está claro que disponemos de un ‘bloque de constitucionalidad’, como parámetro de control de la legislación. Es decir, normas internacionales que se agregan a las normas constitucionales para ejercer el control de constitucionalidad del orden legal —sub o infra constitucional—, independiente del debate de si participan de la misma naturaleza o rango de las cláusulas constitucionales.

Cabe otra modalidad doctrinaria de conceptualización, en el debate de la *internalización* del orden jurídico internacional en nuestro derecho interno, bastante sugestiva. Consiste en la posibilidad de que algún tipo de normas internacionales, específicamente las del derecho internacional imperativo, puedan constituir límites al poder constituyente. Es decir, que partiendo de la existencia de un orden jurídico internacional como límite de la soberanía absoluta de los Estados, y teniendo en cuenta que el poder constituyente es una manifestación excelsa del poder soberano, tendríamos que colegir que existen también límites al ejercicio del poder constituyente a partir, precisamente, de esas normas imperativas de fuente internacional.

¿Cuáles serían éstas? Surge una primera dificultad. Si bien la Convención de Viena incorporó en sus artículo 53 y 64 normas o principios del *jus cogens*, estos preceptos siguen siendo ambiguos e indeterminados, sin que tales cláusulas, por decisión deliberada de los Estados, puedan tener un catálogo preciso de definición. No obstante, se acepta que los asuntos relativos a la paz, a la seguridad internacional, a los derechos fundamentales, a la igualdad jurídica de

los Estados, al principio de la libre determinación o autodeterminación de los pueblos, hacen parte de ese derecho internacional imperativo del que, por supuesto, forma parte el derecho internacional de los derechos humanos.

La inquietud es la siguiente: ¿En esa *internalización* del derecho internacional podríamos llegar a considerar como parámetro de control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución y de la existencia de la Constitución misma, normas del derecho internacional imperativo? En este momento no existe una línea jurisprudencial consolidada en tal sentido, pero las naciones del mundo vienen construyendo una pirámide jurídica a la cabeza de la cual se ubican estas normas, con eficacia directa sobre las disposiciones constitucionales o supranacionales, y susceptibles de ser operadas por los tribunales constitucionales estatales o comunitarios en el control de los poderes constituyentes. En otras palabras, consiste en imponer a los Estados, en todas las manifestaciones de su poder constituyente, unos límites infranqueables en nombre de principios imperativos del derecho internacional. Este es un tema muy interesante, porque la regla del derecho internacional es la de ‘dispositividad’, vale decir, la de un orden fundado en el principio del consentimiento de los Estados y de las obligaciones convencionales, como fuente de dicho orden jurídico internacional.

Con todo, al igual que en el derecho interno, en el ámbito jurídico internacional se habla de un orden público, para dar cuenta de que aún sin la expresa vinculación de su consentimiento, pueden derivarse responsabilidades y obligaciones para los Estados. Lo que permite concluir que existe la posibilidad de desarrollar, doctrinal y jurisprudencialmente, la tesis del límite de la reforma de la Constitución, a partir de normas imperativas del derecho internacional. Ello —lo digo sin comprometer a mis colegas— supondría una revisión constructiva del fundamento teórico de la que hoy se denomina ‘teoría de la sustitución de la Constitución’, para justificar el control material de las reformas constitucionales prohibido en la Carta Política: se trataría de una teoría ‘normativa’ de los alcances del poder de reforma de la Constitución; permitiría prescindir de los límites implícitos de elaboración jurisprudencial bajo la denominación de ejes definitorios de la Ley Fundamental y superaría el eufemismo de considerar como un control formal-competencial el que se viene ejerciendo sobre el contenido material de las reformas constitucionales. Además, permitiría la resolución de algunos problemas de lógica interna de la teoría de sustitución, que no arroja una explicación satisfactoria del por qué

una Asamblea Constituyente habilitada por el pueblo —en consulta popular convocada por el Congreso— podría sustituir la Constitución, pero el pueblo mismo no podría hacerlo directamente mediante referendo constitucional igualmente convocado por el Congreso.

3. La internacionalización del orden interno

Los mencionados procesos de *internalización* del derecho internacional se dan simultáneamente con los procesos de *internacionalización* del orden jurídico interno. Y esto parte del diseño mismo del control constitucional en la Constitución Política de Colombia.

Notemos cómo el Constituyente ‘soberano e ilimitado’ de 1991, muy juiciosamente, emitió un parte de tranquilidad a la comunidad internacional en cuanto al cumplimiento de los compromisos internacionales del país. Consagró, como era lo debido, en garantía del *pacta sunt servanda*, la figura del control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales. A ello se suma la línea internacionalmente adoptada y aceptada de concebir dicho control de manera integral: tanto del contenido material del instrumento como del proceso de su formación y el de su ley aprobatoria.

Una primera inferencia de la naturaleza integral del control constitucional es la idea de la ‘cosa juzgada absoluta’. Ello implica que, una vez examinado por la Corte Constitucional, el tratado internacional no puede volver a ser examinado, y en consecuencia, no serán aceptadas nuevas demandas que se presenten contra dicho acuerdo. Con todo, en protección de valores e intereses nacionales, se ha mitigado el rigor de esta cosa juzgada absoluta, impidiendo la extrapolación al ámbito del control de los tratados, de una figura que utilizamos en el control de las leyes: la cosa juzgada material. La Corte ha dicho que cuando exista una misma disposición reproducida en un nuevo tratado, procede el examen de esa disposición ya analizada, en virtud de las nuevas circunstancias que pueden haber justificado la reexpedición de dicha norma en otro instrumento formalmente diferenciado.

Otro aspecto importante es el de la intangibilidad de las cláusulas de los tratados internacionales. Sabido es que la regla jurídica establece que durante el proceso de aprobación el Congreso de la República solo puede aprobar o improbar los tratados. Sin embargo, la Constitución y la ley orgánica del Congreso prevén que el órgano legislativo, del mismo modo que puede improbar un tratado internacional, puede hacerlo de manera parcial o puede

incluso plantear reservas al Ejecutivo como condición para la ratificación del instrumento, siempre y cuando el mismo lo admita.

Lo más interesante al respecto es el desarrollo legislativo y jurisprudencial de las llamadas ‘declaraciones interpretativas’. Estas son introducidas en ocasiones por el Congreso de la República, a través de las leyes aprobatorias, o por la Corte Constitucional en fallos modulados condicionadamente. Así, Colombia suscribe el tratado, pero interpretará de determinada manera una cláusula particular, o lo ratificará bajo la condición de que el Presidente de la República emita una declaración formal, consistente en una regla de interpretación que tendrá que ser conforme con la Constitución para excluir otras que pudieran resultar ser contrarias a ella. Lo anterior permite que no sea necesario sacrificar la cláusula y talvez todo un tratado, con una decisión de inconstitucionalidad. De esta manera, lo que aparentemente es un exceso en el control judicial o congresional de los tratados, pasa a ser, por el contrario, una técnica que permite una perfecta compatibilidad del orden interno con disposiciones del orden jurídico internacional.

En relación con el control material, la Corte Constitucional ha establecido varias reglas. En primer lugar, unas en las que se reconoce que el proceso de integración internacional de nuestro país y nuestro orden jurídico, con un clarísimo fundamento constitucional. La Constitución Política del 91, y en eso es una Constitución del siglo 21, optó por consagrar como mandato superior y rector de la política de Estado, la *internacionalización* de las relaciones económicas, políticas y sociales, así como las políticas culturales y ambientales del país, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. Este es un mandato para todos los órganos del poder público: para el Congreso, en la labor aprobatoria de tratados, para el gobierno, al dirigir la política exterior, y para efectos del control judicial que ejerce el Tribunal constitucional.

Por su parte, la Corte ha reiterado que existe un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio de la competencia del Ejecutivo, para vincular a Colombia a través de la suscripción de tratados. Sin embargo, éste vínculo no se perfecciona, está visto, mientras no exista ratificación, lo que supone la aprobación por el Congreso y el examen de constitucionalidad por parte de la Corte. El marco de competencias es un desarrollo de disposiciones constitucionales que —como ya lo expresé— sitúan en cabeza del Ejecutivo la dirección de las relaciones internacionales.

En relación con los tratados de contenido económico y comercial, la Corte ha establecido una sencilla regla que ilustra la modalidad que adopta el control constitucional. Tratándose de instrumentos internacionales de naturaleza económica, de liberación comercial, de regímenes de inversión, de desarrollo de integración comercial, entre otros, el control judicial debe ser leve o de menor intensidad, en tanto se reconoce un mayor nivel de discrecionalidad a favor del Presidente de la República como director de la política internacional. En cambio, el control se torna más estricto cuando de la norma internacional se puede derivar una posible vulneración de derechos fundamentales. Esto ha sido regla en asuntos como el derecho al trabajo, el derecho a la igualdad, los derechos de participación de comunidades indígenas y en materia de derechos de salud. Se privilegia, para efectos de la intensidad del control, la integridad, defensa y protección de los derechos fundamentales de los colombianos y de los extranjeros residentes en Colombia, frente a aquellos contenidos de naturaleza económica y comercial que no involucran derechos fundamentales, objeto de un control menos estricto.

De otro lado, resulta necesario hacer referencia a ciertos principios fundamentales que rigen las relaciones internacionales y que deben ser tenidos en cuenta por las autoridades democráticas a la hora de suscribir y aprobar tratados internacionales. Nos referimos a los principios de equidad, reciprocidad y de conveniencia. La equidad y la reciprocidad corresponden a ese género de cláusulas abiertas que admiten un amplio margen de interpretación al momento de ejercer un control constitucional. Su naturaleza indeterminada facilita que se tienda a reconocer mayores niveles de discrecionalidad en su aplicación. Por ello la Corte ha dicho que en materia de equidad y reciprocidad tienen que tenerse en cuenta unas reglas de control muy especiales.

Como primera medida, la integridad del convenio. Significa que una cláusula que en un comienzo parezca no favorecer al país o no guarde una correspondencia simétrica con las obligaciones de la contraparte en el tratado en cuestión no tiene que devenir inconstitucional. La apreciación de las reglas de equidad o reciprocidad debe hacerse ponderando en su conjunto las diversas cláusulas, partiendo del reconocimiento de unas realidades que impone el orden mundial y de las asimetrías con las economías de los países contratantes. De no ser así, no podríamos forjar relaciones comerciales vía acuerdos internacionales o acuerdos mutuos recíprocos de inversión con naciones y economías más desarrolladas, lo cual sería absurdo cuando justamente se

suscriben esos tratados con la idea de que la economía colombiana crezca y pueda derivar ventajas y beneficios del intercambio con otras sociedades más desarrolladas. De esta manera, la valoración de los tratados en su integridad, el reconocimiento de asimetrías en los niveles de desarrollo de las contrapartes contratantes y las cláusulas aspiracionales o las finalidades que busca el tratado, es decir, las modificaciones en el estado actual de las economías o de las relaciones de intercambio desiguales que pudiéramos tener en un momento dado han de tenerse en cuenta para concluir sobre la exequibilidad o inexecuibilidad de instrumentos internacionales de naturaleza comercial.

Existen unos tópicos muy especiales y a los cuales quiero hacer especial mención, como, por ejemplo, las denominadas ‘cláusulas tipo’, que tienen prácticamente preestablecida su constitucionalidad cuando quiera se incorporen en un instrumento internacional. Sin perjuicio de su obligada revisión en cada caso que se pacten, estas constituyen una fuente de seguridad jurídica para el país en el manejo de sus relaciones internacionales. Mediante tales cláusulas, se traban convenios que establecen, entre otras materias, desgravaciones arancelarias progresivas, teniendo en cuenta que habrá sectores estratégicos —por ejemplo, el de alimentos— que el país no quiere someter o exponer a una desgravación súbita. Estas normas de progresividad se han encontrado conformes con la protección de intereses estratégicos, lo que, en últimas, refleja expresiones de soberanía nacional. También puede hacerse referencia a medidas de salvaguarda y normas de derechos compensatorios, como mecanismos para establecer equilibrios en las relaciones desiguales frente a asimetrías de las diferentes economías con las que trabajamos acuerdos de integración o de liberalización comercial. Del mismo modo, la cláusula del ‘trato de nación más favorecida’, es una disposición que prácticamente de manera invariable la Corte encuentra ajustada a la Constitución, por cuanto desarrolla de manera nítida en el principio de reciprocidad que debe inspirar las relaciones internacionales.

4. La integración latinoamericana y las regiones

Tras hacer referencia a la forma como el país recepta el derecho internacional y adapta su ordenamiento interno a las instituciones internacionales, llegamos a un tema fundamental, de rango constitucional, que es el de los acuerdos de integración con países latinoamericanos. Ustedes saben que la relación de una nación con otros Estados en materias comerciales suele ini-

ciarse con la suscripción de acuerdos de libre comercio, para avanzar hacia el establecimiento de zonas económicas comunes, hasta alcanzar niveles más avanzados de integración.

Los mencionados niveles más avanzados de integración, son los que ha querido diseñar el Constituyente como norma rectora de la política internacional de Colombia, privilegiando a los países de América Latina y el Caribe. Por ello formuló el mandato de integración económica, social y política con las demás naciones, pero principalmente con la comunidad ‘latinocaribeamericana’, sugiriendo, incluso, avanzar hacia formas de integración política supranacional, a tal punto que en la norma constitucional se autoriza la participación de nuestro país en la conformación de parlamentos andinos y subregionales. Este es uno de los aspectos más importantes del estatuto constitucional de nuestras relaciones internacionales, para próximos desarrollos específicos en ámbitos que atañen a las regiones.

En el marco del mandato de integración latinoamericana, las regiones y las ciudades portuarias como Barranquilla tienen una oportunidad de oro para avanzar, a través del ejercicio de competencias autónomas en procesos de integración latinoamericana con los países fronterizos. El artículo 289 de la Constitución hace referencia expresa a las ‘zonas de frontera’ o ‘zonas de desarrollo fronterizo’ y el legislador ya adoptó, a través de la Ley 191 de 1995, un estatuto muy interesante de posibilidades de gestión de las entidades territoriales con las homólogas de los países limítrofes.

El mandato constitucional mencionado, haciendo referencia a las competencias internacionales de las autoridades territoriales departamentales, distritales y municipales, atribuye en su artículo 7º competencias a los gobernadores y alcaldes de los departamentos y municipios fronterizos, previamente autorizados por las asambleas departamentales y los concejos municipales, para celebrar con las autoridades correspondientes de las entidades territoriales limítrofes del país vecino —de igual nivel—, “convenios de cooperación e integración dirigidos a fomentar, en las Zonas de Frontera, el desarrollo comunitario, la prestación de servicios públicos y la preservación del ambiente, dentro del ámbito de competencias de las respectivas entidades territoriales e inspirados en criterios de reciprocidad y/o conveniencia nacional”, con sujeción, por supuesto, al marco constitucional y de los tratados suscritos por las autoridades nacionales. Una serie de programas binacionales que pueden

ser objeto de intercambio entre autoridades territoriales de dos o más países, en el ámbito de autonomía propia que le reconoce el Estado.

¿Qué límites le impone la jurisprudencia constitucional? Los elementales y obvios. En primer lugar, que los tratados que establecen zonas de frontera o que desarrollan programas fronterizos no vulneren la soberanía nacional, no comprometan el interés público de la población fronteriza, no desconozcan los principios de equidad y reciprocidad, en fin, los propios de todo tratado internacional.

Confieso que cuando se me encargó abordar este tema —sin que hubiera manifestado reserva alguna—, pensé en este instrumento jurídico. Los tratados internacionales de desarrollo fronterizo pueden tener una implementación muy interesante y bastante fecunda para el bienestar de las gentes de nuestras zonas limítrofes. Ya es una realidad, por primera y única vez en los 21 años de existencia de la Constitución de 1991 que lo prevé, un tratado de integración fronteriza aprobado mediante la Ley 1463 del 29 de junio de 2011, aprobatoria del Acuerdo entre los Gobiernos de la República de Colombia y de la República Federativa de Brasil para el establecimiento de la zona de régimen Especial Fronterizo en las localidades de Tabatinga (Brasil) y Leticia (Colombia), que la Corte Constitucional encontró exequible en su totalidad, a través de la Sentencia C- 303 del 2012.

Y no solo pienso en las fronteras terrestres sino también en las marítimas. La norma constitucional no hace ninguna referencia restrictiva del tipo de frontera. Nada impediría que entidades territoriales cuyos límites se bañan —del litoral Caribe en este caso— pudieran establecer, con base en tratados internacionales aprobados por el Congreso y por supuestos suscritos por el Ejecutivo, instrumentos de cooperación para el desarrollo binacional de fronteras.

Creo que en las inmensas zonas de fronteras marítimas de Colombia —que me traen a la memoria el nombre de un historiador y diplomático muy cercano a la formación intelectual de muchos de nosotros, el doctor Liévano Aguirre— las autoridades de tales entidades territoriales podrían establecer relaciones con sus entidades homólogas de países limítrofes mediante estos instrumentos internacionales, en ejercicio de competencias autónomas y en un marco de unidad nacional. De esta manera, resultaría posible adelantar convenios de cooperación en materia pesquera, turística, de exploración de las áreas submarinas y de las plataformas oceánicas. En fin, un mundo de opor-

tunidades y de posibilidades se les abren en estos tiempos de globalización a departamentos como el Atlántico, a ciudades como Barranquilla, a las entidades territoriales que asoman al mundo marino, especialmente las del Caribe que tienen, por razón de la geografía, unas vecindades mucho más vitales con un sinnúmero de países de Centroamérica y del mar Caribe.

Estos tratados internacionales y sus leyes aprobatorias podrían perfectamente, a través de sus cláusulas supra legales —que prevalecen sobre el ordenamiento legal interno ordinario—, establecer competencias, atribuciones, transferencia de recursos, en fin, disponer de toda una reglamentación que permita fortalecer la gestión de las zonas de fronteras a través, repito, de las entidades territoriales con términos fronterizos continentales y términos fronterizos marítimos. Es una posibilidad que debe ser explorada por las autoridades de este orden, con sujeción a la Constitución y a los principios de nuestra política exterior, como una manera privilegiada, a través de las relaciones de vecindad marítimas o terrestres, de realización del proyecto constitucional de consolidación de un área económica y política latinoamericana para el siglo veintiuno.

5. Conclusión

Finalmente, deseo expresar una reflexión final. Nuestro país venturosamente superó la deplorable condición de ser el “el Tíbet de nuestra América”, como en alguna oportunidad lo definió un expresidente colombiano en referencia a nuestro aislamiento tradicional. Colombia tuvo unos problemas que incidieron en la formación de la identidad nacional: un complejo de mirada hacia el exterior tras la pérdida de Panamá y, también, un prejuicio contra las medidas que incentivaban migraciones europeas y orientales hacia el continente americano. Nuestra política aislacionista —creería— es cosa del pasado. Colombia, se proyecta en el concierto internacional como una nación muy dinámica en el desarrollo de las relaciones comerciales internacionales, con un fortalecido soporte de su base económica y su seguridad interna, con un Estado cada vez más consciente de la importancia de superar las autarquías económicas, de la necesidad de procesos de transferencia de tecnología y por supuesto, de formación cultural de sus nuevas generaciones hacia la modernidad y la internacionalización.

La *internalización* del derecho internacional y la *internacionalización* de nuestro derecho interno son el haz y el envés de una sola dinámica

inexorable de relacionamiento de Colombia con el mundo. El curso de la geopolítica planetaria parece aconsejar que la integración *latinocaribeamericana* sea la próxima estación hacia donde debemos dirigirnos, en el tránsito progresivo de nuestra inserción internacional. Y las regiones fronterizas, en general, y aquellas que se conectan por el mar con otros países, en particular, tienen que ser la prioridad nacional y la avanzada de nuestra política exterior.

Los desafíos para Colombia. Propuestas y homenaje a la ciudad sede del encuentro

Jorge Iván Palacio Palacio*

Sumario

1. Homenaje a Barranquilla. — 2. A manera de conclusión. — 3. Los desafíos — Bibliografía.

1. Homenaje a Barranquilla

La generosa y siempre cálida ciudad de Barranquilla,¹ la Puerta de Oro de Colombia, la arenosa, curramba la bella, ha sido el escenario perfecto para que la Corte Constitucional de Colombia y sus invitados especiales hayan hecho presencia en la región con el VIII Conversatorio de la Jurisdicción Constitucional.

El filósofo Jesús Ferro Bayona nos recuerda que el modo de ser costeño es fruto de una rebeldía local nacida de la tierra olvidada, no tanto la costanera, sino más bien la ribेरana, de los ancestrales ríos Magdalena, Cesar, San

* Vicepresidente y Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Ha participado en diversos seminarios, talleres y conferencias, tanto nacionales como internacionales, de las cuales destaca un Curso de Seguridad Social realizado en Israel. En su experiencia laboral en la Rama Jurisdiccional durante más de 26 años se ha desempeñado como Magistrado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, Juez Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, Juez Civil-Laboral de El Santuario Antioquia, Juez Promiscuo del Circuito de Támesis y Juez Civil Municipal de Fredonia. Igualmente fue Conjuez de la Sala de Casación Laboral por nueve años consecutivos.

¹ Antes de iniciar con su presentación, y en las palabras de cierre, el Honorable Magistrado realiza un merecido homenaje a la Ciudad de Barranquilla y a la identidad caribeña por haber permitido el desarrollo satisfactorio del VIII Conversatorio de la Jurisdicción Constitucional.

Jorge, Cauca y Sinú, signo geográfico que determina la denominación común de esta región.²

Muestran los historiadores que el documento más antiguo sobre Barranquilla es del español Gonzalo Fernández de Oviedo, quien en 1533 acompañó a Pedro de Heredia en su camino por Tierradentro, nombre de lo que hoy conocemos como el departamento del Atlántico. Se recuerda que la tropa de Heredia pasó por el pueblo de indios de Galapa y descendió hacia el río Grande, donde se alojó una noche en un atracadero de canoas, un caserío a orillas de la ciénaga y del río Barrancas de San Nicolás, lugar de encuentro de mercaderes que en siglos posteriores se transformaría en centro del comercio y se proyectaría como cruce inexcusable de vías en contacto con el mundo.³

La ciudad vive desde tiempos remotos un auge de manifestaciones culturales de diversa índole, que parten del reconocimiento del carnaval como obra maestra del patrimonio oral e intangible de la humanidad y alcanza una de sus expresiones más significativas en la figura de ilustres hijos o residentes como Álvaro Cepeda Samudio o el propio Gabriel García Márquez, en el legendario “Grupo de Barranquilla” y su memorable “Cueva”, donde un grupo de inquietos interesados en la literatura y el periodismo nunca dejó de lado la historia de la ciudad.⁴

Desde el marco institucional la Corte Constitucional no ha sido ajena a este entorno. Para mencionar solo dos ejemplos, en la Sentencia C-818 de 2010 avaló la constitucionalidad de la ley que reconoce la especificidad de la cultura caribe y la especial protección a sus diferentes manifestaciones, en la cual se resalta que las expresiones culturales o la diversidad contribuyen a consolidar la nacionalidad colombiana.⁵ Así mismo, en la Sentencia C-534 de 2002, al respaldar la constitucionalidad de la ley sobre privilegios e inmunidades de la Asociación de Estados del Caribe, la Corte destacó la importancia del mar Caribe como activo común de la región, el papel que ha desempeñado

² Villalón Donoso, Jorge, *Historia de Barranquilla*, Uninorte, 2000, pp. 79-88. Esbozo de una etnología sobre el modo de ser costeño. En el año de 1980 tuvo lugar en la Universidad del Norte un foro sobre si existe un modo de ser costeño, sobre el cual se dio como respuesta un contundente sí.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Revisión constitucional del artículo 1º de la Ley 397 de 1997.

en su historia y su potencial para operar como elemento unificador del desarrollo local y global.⁶

En este ambiente de historia, cultura y crecimiento se ha desenvuelto la ciudad de Barranquilla, que se perfila como una de las más importantes del Caribe. No en vano la región viene reclamando de tiempos pretéritos convertirse en una entidad territorial con autonomía, en orden a avanzar hacia una nueva organización de Estado.

De ahí la necesidad de promover el conversatorio de la jurisdicción constitucional. Para ello se ha contado con la presencia de conferencistas internacionales, invitados especiales locales y nacionales, magistrados y representantes de la sociedad civil, que en tres días de justas académicas nos mostraron con profundidad y fluidez las discusiones que se ciernen en el mundo sobre el desarrollo regional y su impacto en perspectiva constitucional.

2. A manera de conclusión

Es sabido que la autonomía y descentralización son recogidas de forma diversa en las constituciones contemporáneas como principios fundacionales. Se identifican en el propio ordenamiento atendiendo la forma organizativa de Estado, fuere unitario (Bolivia, Panamá y República popular China), unitario e indivisible (Paraguay y Rumania), unitario con autonomía y descentralización (Perú y Colombia), federativo (Brasil, Venezuela, Alemania y Rusia), federal “unido” (Estados Unidos y México), por mencionar solo algunos. Ello ha permitido clasificar los regímenes principalmente en centralizados, descentralizados, federales, confederales, regionales y autonómicos, cuya determinación y alcance atienden a múltiples factores que son objeto de discusión por la doctrina y donde los tribunales constitucionales cumplen un papel trascendental en la configuración y delimitación del modelo imperante.⁷

La historia colombiana nos lleva a evocar el memorial de agravios del 20 de noviembre de 1809, cuando Camilo Torres expresaba su queja por la poca representación que tenían América y sus provincias frente a aquellas continentales europeas:

⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-534 de 2002, Revisión constitucional de la Ley 703 de 2001.

⁷ Estupiñán Achury, Liliana y Gaitán Bohórquez, Julio, *El principio constitucional de autonomía territorial. Realidad y experiencias comparadas*, Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2010, pp. 5-15.

Los vastos y preciosos dominios de América no son colonias ni factorías, como las de otras naciones, sino una parte esencial e integrante de la monarquía española, y deseando estrechar (...) los sagrados vínculos que unen uno y otros dominios (...), declaro que los reinos, provincias e islas, que forman los referidos dominios, deben tener representación nacional inmediatamente a su real personal y constituir parte de la Junta Central Gubernativa del Reino por medio de sus diputados.

Unidas las provincias de Nueva Granada y Venezuela bajo el nombre de República de Colombia, la Constitución de 1821 dividió el territorio en departamentos, los departamentos en provincias, las provincias en cantones y los cantones en parroquias. Posteriormente vinieron constituciones de corte unitario (1830, 1832 y 1843), intermedio (1853) y federal (1858 y 1863),⁸ hasta que la Constitución de 1886 adoptó la fórmula de república unitaria, esencialmente centralista.

La Constitución de 1991 contempló una forma de Estado que, si bien se construye a partir de la unidad de la república, avanza hacia el reconocimiento de la autonomía para sus entidades territoriales y su carácter descentralizado. La jurisprudencia ha resaltado que la distribución de competencias ha sido confiada al legislador, pero sujeta a reglas mínimas para asegurar una articulación entre la protección debida a la autonomía y el principio unitario, reafirmando los intereses locales en un contexto unitario.

El equilibrio entre autonomía y unidad se logra mediante un sistema de limitaciones recíprocas. Si bien la autonomía no equivale a autarquía ni a soberanía, sí está vedado al legislador sujetar por completo a las entidades territoriales a los imperativos y determinaciones adoptadas desde el centro. No le es posible dictar normas que lesionen el núcleo esencial de la autonomía, por lo que las limitaciones deben ser las estrictamente necesarias, razonables y proporcionadas a los hechos que les sirven de causa.⁹

⁸ *Ibidem.*

⁹ En relación con los párrafos anteriores pueden consultarse: Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C-535 de 1996, C-219 de 1997, C-579 de 2001, C-1258 de 2001, C-889 de 2002, C-894 de 2003, C-105 de 2004, C-533 de 2005, C-931 de 2006, C-1042 de 2007, C-1152 de 2008, C-149 de 2010 y C-223 de 2011.

Las regiones cumplen un rol valioso para el desarrollo de la comunidad. La jurisprudencia constitucional las ha catalogado como un criterio de organización funcional, que a partir de un espacio territorial determinado pretende facilitar las tareas de administración a través de la prestación descentralizada de servicios y del fomento de proyectos de desarrollo u ordenación de recursos para su eficaz inversión.¹⁰

El principio de autonomía política y jurídica de los pueblos indígenas y tribales debe entenderse como una capacidad para gobernarse y ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, que se despliega conforme a sus usos y costumbres, el respeto por sus tierras ancestrales y de su cosmogonía en general. Ha de partirse de una perspectiva respetuosa de las formas de vida y el concepto de dignidad, conscientes de la necesidad de entablar un diálogo intercultural, con la cautela necesaria para evitar que esa interacción se convierta en pretexto para intromisiones indebidas en los asuntos propios.¹¹

De otra parte, la necesidad de un enfoque diferencial que acepte la diversidad de la comunidad afrocolombiana impone a las autoridades estatales especiales deberes de prevención, atención y salvaguarda de sus derechos individuales y colectivos. La Corte ha insistido en el carácter de grupo étnico y su importancia para asegurar la adecuada inserción en la vida política y económica del país.

La definición de esta comunidad no puede fundarse exclusivamente en criterios como el color de la piel o la ubicación geográfica, sino en la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos, que marcan una diferencia en comparación con otras comunidades, por lo que son titulares de derechos a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente.¹²

¹⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-207 de 2000.

¹¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-254 de 1994, C-139 de 1996, T-349 de 1996, SU.039 de 1997, SU.510 de 1998, SU.383 de 2003, T-603 de 2005, T-979 de 2006, T-703 de 2008 y T-903 de 2009.

¹² Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-422 de 1996, C-169 de 2001, T-955 de 2003, T-1095 de 2005, T-586 de 2007, C-461 de 2008, Auto 005 de 2009, C-063 de 2010 y C-366 de 2011.

3. Los desafíos

Colombia enfrenta serios desafíos para hacer realidad el principio de autonomía territorial y la descentralización dentro de la unidad nacional. Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se han introducido significativas reformas tendientes a fortalecer el carácter unitario del Estado y, por tanto, a desvanecer la autonomía territorial y la descentralización.

El principio de autonomía se trastoca cuando se olvida que toda gestión del Estado debe enfocarse en el servicio a la comunidad, el pluralismo, la participación de todos en las decisiones que los afectan y el mejoramiento de la calidad de vida de la población colombiana.

En este panorama resulta apropiado retomar algunas propuestas para el desarrollo de las regiones y la autonomía territorial:

- i) En Europa, y particularmente en Alemania, la autonomía es la herramienta a partir de la cual una comunidad adquiere identidad propia frente a poderes externos y superiores, por lo que tiene derecho al autogobierno sobre el territorio; a la organización, normatividad y planeación local, a la generación de ingresos propios.
- ii) Es necesario un replanteamiento del rol de los gobiernos subnacionales en las funciones de estabilidad macroeconómica y redistribución de la riqueza, de tal forma que se haga de la descentralización un instrumento para elevar el nivel de vida de la población y reducir las disparidades interregionales.
- iii) La crisis de la Nación se ha convertido en justificación para el recorte normativo y real de recursos a las entidades territoriales, cuando más bien debería convertirse en una oportunidad para que los gobiernos locales llamen a un gran pacto político y fiscal basado en una política de reordenación del territorio y de medidas que fortalezcan los ingresos propios de los entes para proteger el gasto social.
- iv) Es menester repensar el papel de las entidades de control dentro de las prerrogativas otorgadas a los niveles subnacionales, para que sirvan como instrumento de evaluación de la gestión pública local y encauzamiento de la participación ciudadana.

En síntesis, el desarrollo local y regional debe constituir una de las prioridades para la agenda pública dentro de la política de ordenamiento territorial en Colombia.¹³

Es imperioso maximizar los contenidos constitucionales de la autonomía de los pueblos indígenas y afrocolombianos. La Corte ha evidenciado la afectación de este principio a partir de algunas regulaciones como la Ley General forestal,¹⁴ el Estatuto de Desarrollo Rural¹⁵ y el Código de Minas,¹⁶ donde en torno a la consulta previa existen importantes desarrollos jurisprudenciales, aun cuando falta un largo camino por recorrer.

La responsabilidad está en cabeza de los actores políticos, jurídicos e institucionales. Factores como la corrupción, la ineficiencia, la inoperancia de los órganos de control, la ausencia de una política pública en la materia, entre otros, abonan el camino hacia el debilitamiento de la autonomía. Pareciera que trescientos años de centralismo colonial y más de cien años de centralismo republicano no hubieran resultado suficientes para reflexionar críticamente acerca de la necesidad de reivindicar el sentido de lo local, a partir de la realización efectiva del principio de autonomía territorial.

En este punto quisiera anotar que el acompañamiento a los territorios colombianos no ha sido un asunto aislado para la actual presidencia de la Corte Constitucional. Desde el inicio de su gestión el doctor Gabriel Eduardo Mendoza y la Comisión de Género liderada por la doctora María Victoria Calle han insistido en reivindicar la importancia de las regiones y de que sus intereses sean considerados con el rigor que merecen. En compañía de algunos colegas, con la discreción y el tino que les caracterizan, han promovido una silenciosa pero en extremo importante labor de visita a varios municipios fronterizos o con problemas de orden social, político, económico y cultural. Así, con la misión de difundir los avances en materia constitucional, han tenido lugar exitosos encuentros en Tumaco, San Jacinto, Mocoa, Cauca y Pasto.

¹³ Becker Alejandro, Castro Sandra y Cárdenas Miguel Eduardo, *Desarrollo de las regiones y autonomía territorial*, Grz-FESCOL, 2004, pp. 9 -14.

¹⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-366 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Bibliografía

- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 1996, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-219 de 1997, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2001, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1258 de 2001, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-889 de 2002, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-894 de 2003, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-105 de 2004, Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-533 de 2005, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-931 de 2006, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1042 de 2007, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1152 de 2008, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-149 de 2010, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-223 de 2011, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-207 de 2000, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2010, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-254 de 1994, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-349 de 1996, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU.039 de 1997, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU.510 de 1998, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU.383 de 2003, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-603 de 2005, Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-979 de 2006, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-703 de 2008, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-903 de 2009, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-422 de 1996, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-169 de 2001, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-955 de 2003, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1095 de 2005, Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-586 de 2007, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-461 de 2008, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- Colombia, Corte Constitucional, Auto 005 de 2009, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-063 de 2010, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-366 de 2011, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008, Magistrado Ponente Ponente Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-175 de 2009, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-366 de 2011, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Becker, Alejandro; Castro, Sandra y Cárdenas, Miguel Eduardo, *Desarrollo de las regiones y autonomía territorial*, GTZ-FESCOL, Bogotá, 2004.

Estupiñán Achury, Liliana y Gaitán Bohórquez, Julio, *El principio constitucional de autonomía territorial. Realidad y experiencias comparadas*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2010.

Villalón Donoso, Jorge, *Historia de Barranquilla*, Uninorte, Barranquilla, 2000.

Tercera parte
Desde las regiones

La Constitución del 91: Una tarea inconclusa

Eduardo Verano de la Rosa*

*Te llaman porvenir
porque no llegas nunca...*
Ángel González

Sumario

1. De la Colombia pre-hispánica a la Constitución de 1886 o cómo secuestraron nuestras autonomías. — 2. Una historia interminable. — 3. El Voto Caribe: “Voz que clama en el desierto”. — 4. El camino de la autonomía regional: ¿camino a una utopía o la utopía de un camino? 4.1. Por qué y para qué de las autonomías. 4.2. ¿De qué autonomía estamos hablando? — 5. Colombia, un Estado de regiones autonómicas. — 6. Una tarea pendiente. — 7. Colombia, república unitaria, pluralista, diversa y regional: un sueño posible. — 8. A modo de conclusión: ¿Qué hacer?

Estamos convencidos desde hace muchos años, décadas ya, de la existencia de regiones como realidades sociológicas de nuestro país. Persuadidos por esta convicción, presenté a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 la propuesta de un modelo institucional de regiones, entendidas estas como *entidades territoriales autónomas* de carácter supradepartamental. La *autonomía* pasea su espíritu en por lo menos ocho (8) de los artículos de la Carta Política del 91, desde el inmarcesible Artículo Primero: “Colombia es un Estado social

* Administrador de empresas, especialista en desarrollo regional y urbano en la Universidad de Columbia en Nueva York y en ciencias políticas en la Universidad del Norte en Barranquilla. Ha estado vinculado con el sector público y privado. Fue Constituyente, Consejero Presidencial para la Costa Atlántica, Ministro del Medio Ambiente, Secretario Nacional del Partido Liberal y director de Campañas Presidenciales tanto a nivel departamental como nacional.

de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

Las reservas de algunos constituyentes, por el poco conocimiento que se tenía de las bondades de esa institución y el infundado temor al contenido político de la *autonomía*, hizo que se condicionara su creación y funcionamiento institucional efectivo a una Ley de Ordenamiento Territorial, a una Comisión de Ordenamiento Territorial y a la aprobación mediante referendo de los ciudadanos de los departamentos interesados (artículo 307 de la Constitución). La retórica autonómica de nuestra Constitución en uso, sin embargo, luego de muchos debates, dejó condicionado a que la voluntad del legislador expidiese una tal Ley de Ordenamiento Territorial, que le diese alma, cuerpo, circulación y nervios, a las posibilidades de una *Colombia de regiones*.

Infelizmente, la Presidencia de la República y el Congreso, por apatía, desinterés e indolencia, poco o nada han desarrollado en esta materia. De hecho, solamente hasta el año pasado, 2011, *20 años después (!) de la Carta del 91*, fue expedida una Ley de Ordenamiento Territorial, la 1454, pensada con ganas centralistas y tramitada con tinta de “quien no quiere la cosa” y se deja todavía sin reglamentar lo relativo a la *región como entidad territorial*. El esqueleto sigue sin alma, sin cuerpo, sin nervios, nada circula por las arterias de la normatividad aplicable.

Un Congreso ausente, una Presidencia distante, una Corte sin compromiso, ¿el resultado? una ley de ordenamiento territorial, así, en minúsculas como la misma ley, una ley inícuca, inocua y vacua. Antes de la cual teníamos *la ilusión* de una Ley de Ordenamiento Territorial que sirviera. Hoy tenemos la *certeza* de una Ley de Ordenamiento Territorial que no sirve.

Así ha sido. *El proceso constituyente del 91 quedó inconcluso*. Por ello, pienso que hay dimensiones de la patria, la regional en especial, en términos de las cuales, usando la frase de Ortega y Gasset, “hay virtudes que faltan a nuestra patria histórica”: la Región Entidad Territorial es un deber por cumplir. En términos tales, *la Carta del 91 es todavía una tarea por hacer*.

1. De la Colombia pre-hispánica a la Constitución de 1886 o cómo secuestraron nuestras autonomías

La propuesta de un Estado de regiones autonómicas se erige básicamente sobre el concepto de *autonomía territorial* y, si hemos de tratar de ella, no hay

fuente más autorizada que nuestra propia historia —la precolombina, la del colonialismo español y la republicana—.

Nuestros antecedentes más originarios de organización autonómica los encontramos en las *instituciones de los aborígenes* que, para la llegada de los conquistadores españoles, poblaban el territorio de lo que hoy es Colombia. Para entonces, los indígenas, entre cuyas etnias se destacan los *muisca*s y *cariibes*, poseían una interesante estructura organizacional *confederada* en la cual cada tribu decidía, con un alto grado de autarquía, territorialmente definida, la gestión de sus asuntos.

Ante los actos de agresión, pillaje, explotación, expropiación y explotación de los conquistadores, la mayoría de las comunidades indígenas se resistieron al sometimiento, pues este significaba la pérdida de su identidad, de los valores de su población y de su autodeterminación. Por ello, en un acto de histórica dignidad —que, por veces, hoy tanta falta nos hace— unos optaron por confrontar al invasor en batallas tecnológicamente desiguales y prefirieron la muerte y su aniquilación, como ocurrió con los *calamaríes* que poblaron, precisamente, estas tierras del Litoral Caribe donde hoy nos encontramos.

Otras etnias caribes, que tampoco aceptaron ser alienadas y sometidas, luego de diezmadas, fueron víctimas del desplazamiento forzado, debiéndose refugiar en las entrañas de la selva o de las montañas para evitar el exterminio, como es el caso de los *arhuacos* y los *koguis*.

Consolidado, entonces, el dominio español sobre estas tierras, los criollos patriotas, por su parte, no solo lucharon por emanciparse del colonialismo hispano, sino que, desde el principio, las mal llamadas manifestaciones “independentistas” en realidad marcaron una tendencia *autonomista*. En efecto, según dan cuenta historiadores del Derecho Constitucional colombiano, como José María Samper, Diego Uribe Vargas y Carlos Restrepo Piedrahita lo reflejan, con no poca ingenuidad, entre otras, el Acta de la Constitución del Estado Libre e Independiente del Socorro de 1810, las Constituciones de 1811 y 1812 del Estado de Cundinamarca, la Constitución de 1812 del Estado de Antioquia, la del Estado de Tunja de 1811, así como el Acta de la Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada de 1811.

Luego, instaurada la República, se pusieron de manifiesto *expresiones autonómicas* como las reflejadas en la tendencia anti-centralista de la Convención de Ocaña de 1826, la cual tuvo una primigenia concreción transaccional

en el texto constitucional de 1832. Posteriormente, esa *aspiración autonómica* se reflejó, aunque tímida y nominalmente, en la Constitución de la *Confederación Granadina* de 1858.

Todas las *aspiraciones autonómicas* de entonces, acumuladas luego de prácticamente tres siglos de pérdidas y frustraciones sistemáticas, desembocaron en el *federalismo* radical de la *Constitución de los Estados Unidos de Colombia* o Constitución de Rionegro de 1863, que, con ribetes extremistas, anuló las posibilidades de un Estado fuerte, capaz de liderar el proceso de consolidación de la economía nacional, el monopolio de las armas por parte del Estado y la implementación de un sistema monetario nacional único.

El Caribe colombiano, desde años tan lejanos como 1835, viene proclamando —*vox clamantis in deserto*— sus esperanzas *autonomistas*. En ese año, el General Juan José Nieto explicaba en cartas al General Santander por qué era un *federalista* por opinión informada y no por caprichos del corazón, porque él aspiraba a una forma de gobierno que le abriera espacios y posibilidades eficaces al desarrollo de nuestra provincia. Caso que no está tan lejos para olvidarlo, ni tan cerca para dolernos, el de Panamá, cuya separación y segregación del territorio patrio se empezó a gestar desde el momento mismo en que, según las palabras del historiador Abel Cruz Santos, para conformar la Constituyente que se encargaría de reemplazar la Carta del 63 y que engendraría la Carta del 86, “se procedió con criterio discriminatorio a integrar los delegatarios de Antioquia, Cauca y Panamá, Estados reconocidamente federalistas”, cuya representación y vocería fue usurpada impunemente por representantes de Bogotá.

Nació así la *Constitución de 1886*, precariamente sustentada en una legitimidad dudosa. La intolerancia y la arrogancia, la exclusión arbitraria de partidos con voces diferentes a las instauradas en el poder centralista, la usurpación de la representación de los estados con vocación federalista y la ausencia de un marco válido de consensos democráticos auténticos entre los partidos políticos y la sociedad caracterizaron el clima institucional y el recortado espíritu político en que entró en vigencia. Ella ciertamente introdujo una fórmula —“centralismo político y descentralización administrativa”— más retórica que compensatoria, que reflejaba más un afán paliativo que una voluntad política honesta, que con el paso de los años de su impertérrita aplicación, cumplió lo primero y enredó la segunda. La genuina descentralización territorial ha sido un propósito constitucional sin verdad, sin desarrollo legislativo ni jurisprudencial, sin honestidad política.

La Carta de 1886 inauguró un nuevo extremismo, imposición de los vencedores de la confrontación bélica de 1885, como lo fue la *restauración del Estado centralista* cuasi absoluto, a partir de un *despojo constitucionalmente ordenado* de los derechos, libertades y bienes, sin previa ni posterior indemnización o compensación, de los antes estados soberanos. Así se puede mostrar a partir de una revisión del contenido patrimonial de la arquitectura fiscal federalista, riqueza que fue secuestrada y expropiada de un plumazo con las letras del artículo 202 de la Carta Política del 86. Ahora

Pertenecen a la República de Colombia, (1°) los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones *que pertenecían a la Unión colombiana* en 15 de abril de 1886; (2°) los baldíos, minas y salinas *que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra* (sic) la Nación (...); (3°) las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas (...).

Los Estados regionales habían perdido así, no solo su autonomía política, sino también su patrimonio fiscal.

Hasta ese momento, los vencedores no solamente escribieron la historia, escribieron también la constitución y se abrogaron el derecho al botín.

Una vez más, la *autonomía* se entrevera en los vericuetos deliberados de un poder centralista y centralizante, entendida aquella como *derecho colectivo* de pueblos y regiones, y también como *potestad* que da cabida a su *autogestión* y a su *autodeterminación*, en lo que concierne al quehacer administrativo y político de los sujetos regionales, que tiene como esperanza y propósito principalísimo el de redimir, con criterio de justicia y equidad, el gran cúmulo de necesidades sociales históricamente acumuladas.

La Carta Política del 86, de manera anti-democrática, despojó a las regiones de Colombia de sus riquezas y de su patrimonio fiscal, tanto como de sus libertades políticas fundamentales y del derecho superior de Colombia de ser una en la potente diversidad de sus regiones. En lo que va corrido del siglo XXI se apadrinaron y se dieron nuevos despojos de origen constitucional contra los recursos fiscales de que antes disponían las Regiones del país. Uno, el consagrado en el Acto Legislativo que reforma la Carta del 91 y redefine

la fórmula de distribución de las transferencias constitucionales de la Nación a los entes territoriales, que se conocen como Sistema General de Participaciones (SGP en argot). El segundo, el Acto Legislativo y su concomitante desarrollo legal, por cuya virtud se reestructuró el Sistema Nacional de Regalías —una imbricada expropiación de recursos regionales acompañada de una no menos imbricada metodología de siglas, que no hacen sino diferenciar y dilatar la posibilidad de concretar proyectos de desarrollo regional—.

2. Una historia interminable

Como en el título de la novela de Michael Ende, esta parece ser “una historia interminable”. En efecto, antes de la Constitución de 1991, poco o nada se avanzó de manera significativa en materia de *autonomía territorial*, pese a que en 1968 se institucionalizó en la estructura del Estado la llamada *descentralización por servicios* —que trataba más de *deslocalización* que de *descentralización* y que solo sirvió como instrumento formalista de organización técnica y de una planeación sin recursos. Por supuesto que ello dejó intacto el centralismo —el cual, como ciertas enfermedades, se agrava y se empeora, aún si todo sigue igual—.

La Asamblea Constitucional del año 1977, que se proyectaba como el cuerpo constituyente que habría de abordar una profunda transformación de la estructura del Estado, en materia de administración de justicia y en el régimen administrativo territorial, quedó frustrada por la declaratoria de inexequibilidad de la Corte Suprema de Justicia, con el argumento de la indelegabilidad de lo delegado —en este caso, que el Congreso no podía delegar lo que se le había delegado, toda vez que en el acto plebiscitario de 1957 había sido designado por el Constituyente Primario para ejercer la función constituyente. *Esto era tanto como decir que el Constituyente derivado no podía devolver la función constituyente a los ciudadanos* para que estos decidieran, a través de delegados, aspectos puntuales de la administración de justicia y de la organización administrativa territorial.

Más de siglo y medio de frustraciones, luego del inicio de la República, parecieron desaparecer en lo que concierne a lograr mayores grados de *autonomía*, cuando en 1991 la Asamblea Constituyente, en reconocimiento de la existencia de *regiones* como entidades sociológicas reales, acogió nuestra propuesta, que abría la esperanza de crear *Regiones Autónomas como entidades territoriales* jurídicamente organizadas. Esta es la letra y el espíritu del Artículo 306 de la Constitución Política vigente.

Las *Regiones Autónomas* tienen por finalidad superior promover el desarrollo social y económico de la Nación, bajo criterios de equilibrio y armonía de sus espacios regionales. Es decir, las *Regiones Autónomas* asumirían la responsabilidad de la que había hecho caso omiso el Estado centralista, que no es otra que mitigar, minimizar y resolver las enormes desigualdades y los crecientes desequilibrios económicos y sociales que vienen siendo expresión de la inequitativa e hiperconcentrada distribución de la riqueza, los ingresos y las oportunidades, *en la urdimbre social y en la urdimbre territorial* del país. Después de casi 125 años de centralismo a ultranza, el mapa de nuestra realidad económica y social es dramáticamente más pobre, más precario y más falto de lucidez.

El ingreso per cápita promedio de la Región Caribe es el 85% del promedio nacional —pero *la verdad regional es peor* que su reflejo estadístico, toda vez que solo el ingreso per cápita del departamento del Atlántico representa el 73% de dicho promedio nacional, empujándolo significativamente hacia arriba, a pesar de ser el del Atlántico la tercera parte del de Bogotá.

En efecto, *Bogotá concentra el 25% del PIB nacional y, con Cundinamarca, irrita más el tema: concentran casi el 31% del producto interno bruto*. Ahora, que si tomamos en conjunto, el famoso “triángulo de oro” —metáfora tan acertada, como humillante— que sumaría a Antioquia y Valle, la cifra relativa es, como dirían las señoras, de ponerse a llorar: *por poco no concentran las dos terceras partes del PIB*. Pongamos estos números al lado de los de la Región Caribe, en la que ocho departamentos (incluyendo San Andrés) apenas sí contienen el 15% del PIB. Permítanme desenfadarme con una breve reflexión: *crecer poco o no crecer solamente garantiza tres consecuencias: que los más pobres sean mucho más pobres, que surjan más pobres que pudieron no llegar a serlo y que aparezcan más pobres que pudieron dejar de serlo*.

La mitad de los colombianos con necesidades básicas insatisfechas (NBI) (vivienda digna y suficiente, acceso a los servicios públicos básicos, escolaridad y salud esenciales) *viven o malviven en las regiones caribe y pacífica*. *Siete de cada diez departamentos, el 70%, ¡por Dios!, tienen un peor indicador de NBI que el promedio nacional* —que es del orden del 27% y, qué curiosa casualidad que los únicos mejores que la media nacional sean los departamentos cafeteros, incluido Valle, y por supuesto, en la inefable compañía de Bogotá y Cundinamarca—. Ahora, Meta y otros cuatro departamentos, incluido Atlántico,

son los únicos invitados *sin smoking* a esta velada de élite y están apenas allí, mordiendo el promedio.

Cabe dar relieve al envidiable indicador de NBI de la capital del país, del orden del 9,2%, con estas connotaciones: *es un afortunado tercio del correspondiente promedio nacional; el Chocó es casi nueve veces peor, la Guajira, siete veces peor y Sucre, seis.*

Brechas que ofenden la dignidad de los rezagados habitantes. La injusticia interregional contribuye a que tengamos en el Caribe, como región, en la triste compañía del Pacífico, las peores cifras de desempeño económico y social del país. Y por supuesto, que frente a los retos del mundo globalizado de hoy, con su equipaje de tratados de libre comercio (TLC), en el camino de la competitividad, seguirá habiendo tortugas y el ágil Aquiles llegará, como nunca, “más primero” que ayer —como diría el campesino del cuento—.

3. El Voto Caribe: “Voz que clama en el desierto”

“Voto a favor de la constitución de la Región Caribe como entidad territorial, de Derecho Público, con autonomía para la gestión de sus intereses, que promueva el desarrollo económico y social en nuestro territorio, dentro del Estado y la Constitución Colombiana”.

Este era el texto del voto que introdujeron más de dos millones y medio de ciudadanos del Caribe colombiano, introdujeron un voto que así rezaba en las elecciones realizadas en el año 2010. ¡Voto Caribe! Así lo llamamos con mucho orgullo. Voto diáfano, expresado en un lenguaje directo, construido con sentido común y con un sentido institucional por todos compartido. De los 2.502.726 millones de votos caribes se hicieron las cuentas, pero a ellos nadie les ha rendido cuentas. Y nadie dijo nada y solo a nosotros importó. Con menos, con mucho menos de la mitad de estos votos caribes, la célebre “séptima papeleta” de las elecciones de 1990, una votación inducida e informal, sin contabilizar, dio lugar a la Constituyente del 91 y a una enteramente nueva Constitución Política Nacional. Nadie los contó, pero ellos sí contaron. Y la Constituyente fue. Y la Constitución del 91 sobrevino. *Cuando la voluntad política redime, las manifestaciones de un pueblo no están sujetas a inocuas nimiedades.*

El Voto Caribe ha sido “voz que clama en el desierto”. Solo que esta voz sigue clamando. Creemos que ha sido una inequívoca, aunque no escuchada, respuesta política de una región, por todas las regiones de Colombia. Voz con-

tra la discriminación negativa que ejerce el poder central contra los rincones de la periferia patria. El Voto Caribe es también la impronta de un camino a favor de las genuinas *autonomías territoriales*, las cuales se asumen desde el respeto a la libertad política fundamental. Autonomía que se erige activa y proactiva desde un derecho colectivo esencial de pueblos y regiones. Autonomía que se instrumentaliza desde una facultad que es propia de los pueblos y de las regiones, en procura de gestionar sus intereses, su mejor estar, las faltas de equidad y las iniquidades a que han sido sometidos. Autonomía que es una opción del ordenamiento político para fortalecer una institucionalidad precaria, retardataria y frágil. Y, por supuesto, autonomía que es reconocimiento de la mayoría de edad de nuestros pueblos y regiones. Autonomía que se erige en principio y medio de la organización político-institucional de la unidad de la patria colombiana, de la unidad de su Estado social de derecho —unidad a la que se subordina y a la que se debe—.

4. El camino de la autonomía regional: ¿camino a una utopía o la utopía de un camino?

Los pueblos y las regiones de Colombia declaramos nuestra mayoría de edad. Tenemos el entendimiento y el discernimiento para andar, por nosotros mismos, el camino que nos es dable andar. Si decidimos para elegir camino, también elegimos para decidir. La libertad política que reclamamos pasa por el meridiano del respeto a nuestro derecho colectivo a la autonomía regional —derecho que, entendemos, no agrede, ni quiere agredir; no pone, ni aspira a poner en peligro la *unidad* de la *Nación*, la unidad del Estado colombiano. Este riesgo no es más que un fantasma que los centralistas de todos los colores ponen en juego, para profundizar el miedo a la autonomía.

4.1. Por qué y para qué de las autonomías

“Yo no pido la organización de España en grandes regiones por razones de pretérito, sino por razones de futuro. La vida, queramos o no, es una acción que se ejecuta siempre hacia adelante (...)”. Esta es la voz de Ortega que rueda hasta nosotros, con vigor y oxígeno, desde 1931.

Permítanme, por lo demás, con respeto y humildad, parangonar el pensamiento del filósofo español: “Colombia *no es solo Bogotá, Medellín y Cali*, que forman el escaparate o la superficie histórica de nuestro país; la verdadera Colombia, aquella de la que depende el porvenir, es esa otra Colombia enor-

me, latente, profunda, agarrada al terruño” (Énfasis añadido), que es *la región como espacio vivido*, según la pensó Armand Frémont. Esta región, espacio vivido, es *territorio* que se recorre, al que algo delimita, en el que las existencias humanas se afincan o del que se ven impelidas por fuerzas que las alienan. Esta región, espacio vivido, es *territorio* representado, territorio apropiado —apropiado desde y mediante el discurso, apropiado políticamente—. Pero, “no hay territorio sin sujeto que se lo apropie —sujeto en posición y sujeto en posesión—”, como de modo sabio lo señala la Profesora brasileña Rita Laursa Segato. Por tanto, postulamos un reconocimiento al sujeto-región dentro del ordenamiento jurídico-institucional del Estado colombiano.

De alguna manera el *Estado nación patológicamente centralizado* está en crisis, su funcionalidad está cuestionada y se debilitan irremisiblemente el vigor y la eficacia de su figura como nos fue entregada por la modernidad decimonónica. La globalización y la interdependencia sistémica que caracterizan el mundo que transitamos hoy han acelerado la intensidad y la velocidad de la crisis. En el contexto internacional, tanto como en el *doméstico*, *la crisis del modelo Estado nación tradicional, polarizado en la desmesura de su centro de poder hegemónico*, resulta evidente aquí y allá. Renovadas exigencias de transformación, demandas sociales y políticas de nuevo cuño, en especial las que se originan desde etnias históricas y las que proceden de *auto-reconocimientos sociológicos y culturales de orden territorial* —demandas indígenas de autonomía territorial, cultural e incluso jurisdiccional y demandas de comunidades regionales tradicionalmente excluidas del poder político real— desnudan la incompetencia y/o la impotencia del Estado nación centralizado y centralizante.

Sobre los Estados nación se ejercen dos tipos de presión, que las agrieta, que los pone en cuestión. Una, gravitacional, desde arriba, que surge de las nuevas dinámicas sociales, económicas, culturales y políticas de ámbito mundial, que empujan los verdaderos centros de decisión fuera de las fronteras nacionales. La segunda, desde abajo, una sub-presión, que se desprende de la emergencia de *autonomías diversas*, de la dinámica sub-nacional de nuevos centros decisorios autónomos (grupos transversales de la sociedad, ONG, instituciones regionales y locales) que regresarán a la sociedad un poder entreverado por un modelo superado por los tiempos.

En efecto, ese Estado nación que propone un patrón de desarrollo económico, político y social centrípeto, es decir, que impele dinámicas *solo hacia el centro*, hoy muestra y demuestra, por acción y omisión, *su radical incapaci-*

dad de contener la historia y la pluralidad de las etnias y pueblos que se han asentado en sus confines; su radical incapacidad de interpretar y potenciar la diversidad de sus culturas. La acotada y desigual geometría de un orden político altamente centralizado propone y dispone de instituciones excluyentes, que dejan por fuera de los beneficios regulares del progreso, que bloquean, incluso, la prosperidad de los espacios regionales —tanto en la dimensión subnacional como en la dimensión trasnacional—.

Desde variados rincones de la geografía planetaria, pero, en especial, desde los rincones plurales y diversos de las regiones y etnias de la patria colombiana, se escuchan voces, casi gritos; exigencias, casi sublevaciones sordas, que reclaman la necesidad impostergable, urgente, de diseñar un marco político e institucional incluyente, capaz de rectorar e inteligenciar las autonomías territoriales y sociales, que posibilite, por inclusión, una gobernabilidad de la pluralidad, de la diversidad y del conflicto y que, además, dé lugar a construir desde el actuar, una responsabilidad, que nos es común, por la conservación de la biodiversidad, del agua y de la naturaleza —en últimas por la supervivencia misma de la Tierra—.

4.2. ¿De qué autonomía estamos hablando?

De una autonomía subordinada al *principio de unidad*, el cual no admite poner en cuestión la indisoluble integridad de la Nación y del Estado. Se trata de un principio *fundamental*, es decir, que cimienta, que da las bases de la arquitectura institucional y orgánica de la Nación y del Estado; pero también este principio de unidad es principio *cardinal* superior, es decir, que orienta, que marca dirección, al que se subordina todo otro, en particular, el principio de la autonomía territorial. *El principio de unidad* está estructurado en un doble reconocimiento, de naturaleza jurídica y de origen constitucional e histórico: de una parte, la indisolubilidad de la integridad, de la unidad nacional, en tanto que patria común e infragmentable del pueblo de Colombia, en el que radica la soberanía; de otra parte, la titularidad singular, única e incontrovertible de la soberanía nacional, pero ejercida en forma compartida por todos, no solo de un parlamento nacional que excluye a la ciudadanía de las regiones.

El principio de unidad es dinámica integradora, energía que cohesiona. La unidad es *fuerza y fundamento* de las atribuciones que, en nombre de la autonomía, se susciten y se reglen. Es su *punto de partida* y también es su *aco-*

tamiento, la subordina y condiciona —en el significante, en la norma y en la acción política derivada—.

Estamos hablando de una autonomía que, a pesar de su polisemia, siempre comprende la capacidad de auto-normarse, de auto-organizarse, de auto-gestionarse. De una autonomía que, si bien es un derecho colectivo, inspirado por la libertad responsable, y que la inspira, estará siempre acotada por el dispositivo constitucional: Su puesta en escena estará en la iniciativa de los actores regionales que la invoquen, conforme a los caminos de acceso que se llegaren a preceptuar sobre el particular. El principio de autonomía armoniza con los principios de *libertad*, de *solidaridad*, de *igualdad* y de la *diversidad*.

5. Colombia, un Estado de regiones autonómicas

Sin duda alguna, la *redistribución espacial del poder y de la institucionalidad política* es una auténtica necesidad para buena parte de las sociedades contemporáneas —y Colombia no es la excepción—. Internalizar, recoger orgánicamente y potenciar los intereses, los recursos, la riqueza y las energías de las regiones; descongestionar la obesa y pesada trama de los dispositivos de decisión centrales y centralizantes; proveer a la genuina democratización del acceso al y del ejercicio del poder político: he aquí el verdadero desafío de las regiones de Colombia.

No es menester que el ordenamiento constitucional prefigure el mapa regional de Colombia, en cuyos términos se replantearía la organización geopolítica del Estado. Si la *autonomía* es un derecho colectivo —y nosotros creemos que lo es— cada región, equipada con sus particulares atributos históricos, culturales, sociológicos y económicos, tendrá la iniciativa de proponer el ámbito competencial de la autonomía a la que aspira. El ordenamiento constitucional deberá acotar caminos, procedimientos, con arreglo a los cuales se manifestarían las especificidades regionales. España es un ejemplo.

Una *Colombia de regiones* —que sea expresión real, genuina, contundente y eficaz de la descentralización de este Estado centrípeto que tercamente se empeña en no dejar oxígeno para que respire la provincia nacional— debería ser un propósito estratégico de sostenido y largo aliento. Su justificación pasa por unos referentes principales, que no excluyentes:

- 1) El *referente histórico-cultural, sociológico* —si se quiere—. Arranca desde la emocionalidad de las raíces y extiende sus ramas desde el

pasado hasta hoy. En función de este referente, se levanta la arquitectura percibida de las plurales *identidades regionales* y se dibuja el correspondiente auto-reconocimiento regional.

- 2) El *referente competencial*. Fundamenta y garantiza el derecho a gestionar los propios intereses regionales y responde a la pregunta ¿qué hacer con las Autonomías Territoriales y qué hacen estas? Por su virtud se garantiza el ejercicio democrático de la libertad política y del poder institucionalizado, imprime mayor eficiencia, dinamismo y agilidad a la función ejecutiva del Estado y a sus menesteres administrativos, además de direccionar y jerarquizar las tareas legislativas en sus diferentes planos territoriales.
- 3) El *referente de equidad*. Como objetivo *sine qua non* del diseño autonómico, este referente se propone combatir la desigualdad tanto en la trama social como en la trama territorial. Se hermana con un referente no menos necesario, como el de la solidaridad, por afinidad y por diversidad: espacios que se potencian desde dentro de sí y espacios que se complementan desde la diferencia.
- 4) El *referente político*. Presencia inevitable que se entiende como posibilidad de acercar, de interesar, de comprometer a los ciudadanos, de una manera auténtica, eficaz, en la gestión de los asuntos públicos que les competen. Este referente elabora la invitación de Ortega y Gasset al hombre, al ciudadano, de la provincia: “Tenéis que dejar de ser provincianos y decidiros a ser provinciales —tal vez providenciales—”.

6. Una tarea pendiente

Sea, en este momento, oportuno decir que todo el país agradece y resalta la constante y gigantesca labor de la Corte Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales, aspecto en el cual su producción jurisprudencial es magnífica y en ella encontramos todas las personas, garantía y seguridad de justicia. Sin embargo, ello no impide recordar que, si bien en el mundo, con el transcurrir del tiempo, los tribunales constitucionales se han erigido como defensores irrenunciables de los derechos, originariamente una de las principales razones de ser de su creación y competencias fue garantizar el equilibrio del sistema de la organización política territorial, *de modo que el poder central no socavara el poder de los entes territoriales*. Ejemplo de ello fue la creación de

la Suprema Corte en la Constitución de Filadelfia de 1787, como órgano superior que resolviera las tensiones del poder federal y de los estados federados en EE.UU. Así mismo, a mediados del siglo XX con las Constituciones italiana de 1947, alemana de 1949 y, en la segunda mitad del mismo siglo, la Constitución española de 1978.

En nuestro caso, la autonomía contemplada en el artículo 1º de la Constitución de 1991 como principio fundamental, vale decir, como aspiración y por tanto de amplia textura, apoyándonos en la conceptualización del jurista alemán Robert Alexy, *no solo es un elemento competencial de la organización del Estado sino un verdadero derecho colectivo de los pueblos*. Por ello, debemos concebirla *no solamente como estructura sino como derecho*, que en el caso de nuestro país, es un presupuesto para la dignificación de las personas habitantes de los territorios marginales y periféricos y, por lo tanto, en el peor de los casos, estaría comprendido como uno de los *derechos innominados* de que trata el artículo 94 de la Constitución, esto es, independientemente de que no esté en el catálogo de derechos expresos.

Ahora bien, no obstante haberse expedido la Ley de Ordenamiento Territorial, como se ha producido una grave e inexcusable omisión legislativa por parte del Congreso en lo que respecta a las regiones y a las entidades territoriales indígenas, resulta menester que el órgano encargado de la defensa de la Constitución y del derecho viviente en cada una de sus instituciones contemple la posibilidad de *disponer en su proceder*, que el poder normativo integrador de la Carta Política, de manera directa y sin mayores dilaciones, llene el vacío legislativo sobre el funcionamiento efectivo de las regiones y las entidades indígenas como sujetos territoriales activos.

Si el Ejecutivo se hace el sordo y, por sordo, enmudece —aunque sus actos centrífugos griten lo contrario— y, por tanto, no desarrolla ni promueve las nuevas instituciones autonómicas, entonces que legisle el Congreso. Si el Congreso no legisla conforme a la Constitución y tampoco la interpreta por la comodidad de los arrullos del poder ejecutivo, queda solo la Corte Constitucional como guardián de la heredad. Y si tampoco, ¿qué nos queda?

En nuestro sentir, una vez estatuidas por el Constituyente las *regiones como entidades territoriales*, el legislador no cuenta con la prerrogativa ni con la discrecionalidad de disponer si las reglamenta o no, dado que el mandato es expedirla. Ahora, tampoco puede reservarse, de modo indefinido el tiempo o momento en que lo hará. El solo hecho de haber transcurrido más de

21 años de omisión legislativa, tiempo que supera lo que el propio legislador ha estatuido históricamente como término, por demás extraordinario, para la configuración de la prescripción extintiva de los derechos y obligaciones, habilita a la Corte Constitucional para que, en ejercicio de su facultad interpretativa integradora de la Constitución, disponga fijarle al legislador, *no solo exhortarlo*, a que en un plazo perentorio, que no debe superar el de una legislatura, estipule la reglamentación que se echa de menos sobre las regiones y las Entidades Indígenas. En ello, también se debe disponer —es mi comedia y respetuosa propuesta— que, por el transcurso del tiempo cronológico e histórico, deberá prescindirse de algunos requisitos de trámite que en su momento fueron señalados como necesarios para que se crearan las regiones como entes territoriales. Bajo este amparo dispositivo, pensamos que, si en dicho término no se expide el estatuto correspondiente, las regiones sociológicas y los territorios indígenas quedan habilitados para constituirse como entidades territoriales, teniendo como límite la Constitución.

7. A modo de conclusión: ¿Qué hacer?

En el caso colombiano la lucha por las diferentes formas autonómicas se ha constituido en una constante histórica creadora de una tradición que hace inquebrantable la voluntad y el propósito del pueblo por alcanzar su autodeterminación administrativa, que conlleva la redención y la justicia como parte de los elementos para alcanzar la dignidad humana.

Al quedar frustrado una vez más el sueño autonómico de las regiones de Colombia, no hay otra alternativa que reandar el camino de una nueva asamblea constituyente, que haga la tarea y asuma el reto de concluir lo que desde la Constitución de 1991 no ha sido posible culminar, adoptando un nuevo marco institucional que dé vida a las autonomías territoriales.

La difícil configuración de la región como nivel intermedio de gobierno en Estados que tradicionalmente han reiterado constitucionalmente el modelo territorial unitario*

Liliana Estupiñán Achury**

Sumario

1. Presentación. — 2. Oscilaciones territoriales y transformaciones del viejo Estado unitario. — 3. Estados unitarios y procesos de regionalización. — 4. Colombia, regionalización y región como entidad territorial. 4.1. Una ley orgánica fraccionada. 4.2. ¿Y la región como nivel intermedio de gobierno? — 5. A manera de conclusión. — Bibliografía.

1. Presentación

El presente capítulo trata sobre el alcance y las limitaciones que han tenido tanto la creación de un nivel intermedio de gobierno regional como los procesos de regionalización que se han impulsado en diversos Estados unitarios. Se parte de la consideración de que el modelo territorial unitario es la

* Resultado del proyecto de investigación titulado “La constante estructural centralista del modelo territorial colombiano”. Adscrito a la línea de investigación en Territorio, Descentralización y Democracia del Grupo de Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

** Profesora de carrera y asociada y Directora de la Línea de Investigación en Territorio, Descentralización y Democracia del grupo de Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia con mención *Cum Laude* y Abogada de la Universidad Libre. También Especialista en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Magíster.

constante adoptada por la mayoría de los Estados del continente americano.¹ Así, Estados como Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Haití, República Dominicana, Puerto Rico y Paraguay retomaron dicha forma de Estado en sus textos constitucionales. De manera excepcional, en América Latina, México, Venezuela y Argentina hablan de gobiernos federales, varios de ellos con marcadas características centralistas. De forma especial, se habla últimamente de autonomías o de la implementación del modelo autonómico en un Estado de América Latina; tal es el caso, de la Constitución de Bolivia de 2009. Así mismo, varios de estos Estados han impulsado en las dos últimas décadas procesos agresivos de descentralización que han llevado consigo el intento de fortalecer el nivel intermedio de gobierno y la creación de procesos regionales; en todo caso, una propuesta compleja en unos Estados, como se ha dicho, marcadamente centralistas. De hecho, esta constante “centralista” aparece de forma independiente al modelo territorial asumido por los Estados de América Latina.

La volatilidad o permanente mutación de los textos constitucionales les ha permitido a varios de estos Estados virar hacia una mayor descentralización e insertar en sus textos políticos modelos territoriales que, si bien unitarios, optan, en el papel, por la implementación de procesos regionales e incluso, de un nivel intermedio de gobierno de mayor tamaño que el tradicional. Nivel regional en el que cifran el desarrollo económico y social de los territorios y la consolidación de procesos de planificación de mayor calado y escala. Pero también se observan serias frustraciones a la hora de concretar estas aspiraciones y las tensiones entre dichas propuestas y las tradicionales entidades que han acompañado a dichos Estados por más de doscientos años.

¹ Claudio Véliz, soporta la idea de la “La tradición centralista de América Latina” a partir de la ausencia de la Revolución Industrial y de la Revolución Francesa y de la presencia de una tradición centralista secular que, según Véliz, ha estado presente en la mayoría de los procesos de transformación social y política de estas naciones. Por su parte, el autor encuentra diferencias entre el concepto de centralismo, descrito por Weber como resultado de la Revolución Industrial y Francesa, a su vez ligado a los términos de industrialismo e igualitarismo y el concepto de centralismo en el contexto latinoamericano, en su opinión, de carácter preindustrial y no igualitario. Véliz, Claudio, *La tradición centralista de América Latina*, Ariel, Barcelona, 1984.

2. Oscilaciones territoriales y transformaciones del viejo Estado unitario

La constitución territorial francesa es el paradigma que se ha seguido en materia de modelo territorial por varios Estados de América Latina. Esta afirmación no desconoce la impronta marcada desde la metrópoli española a lo largo de trescientos años de dominación colonial. Sin duda, los modelos territoriales de Estados Unidos y de Francia fueron la luz del faro a seguir, una vez conseguidos los procesos de independencia y de construcción de Estados bajo la débil definición de la nación.

La opción por el modelo unitario, para el caso de América Latina, se suele relacionar con la existencia de unos Estados débiles cuyos territorios menguados optaron por un centro fuerte para efectos de subsistir y construir un proceso nacional. Vieron, entonces, en dicha forma territorial una posibilidad de consolidación. La opción por un Estado unitario llevó al desconocimiento de las diferencias y las heterogeneidades presentes en la vasta y variada geografía de estas naciones. Construyeron, pues, una historia a partir de la uniformidad del régimen, la aplicación del principio de igualdad a lo desigual y de la creación de un centro fuerte.

Se trata, de Estados contruidos de arriba hacia abajo. Sus partes territoriales débiles y carentes de institucionalidad o de atribuciones constitucionales, políticas, judiciales y hasta administrativas sucumben ante la idea de un centro todopoderoso, en todo caso, una apuesta que, en su forma pura, concibe a un centro paternalista que asume sus destinos y que los trata bajo criterios de “minoría de edad”.

Imaginarios de inferioridad y de “minoría de edad” que están presentes tanto en los territorios, por su altísimo grado de dependencia, como en el centro, que se cree omnipotente para resolver hasta el más mínimo asunto de la periferia. Esta lectura va en contravía de los actuales principios constitucionales que irradian a los Estados federales, regionales e incluso varios Estados unitarios que han empezado a transformar la tradicional definición que los identificaba en teoría. Esto quiere decir, que hasta los propios Estados unitarios hoy dan cuenta de su innovación y flexibilidad a partir de procesos de descentralización, que, aunque administrativa y precaria, se distancian de la tradicional definición que los caracteriza en el modelo o tipo ideal.

Un clásico repetido una y otra vez en Colombia, como es Ferrando Badía,² anotó que dicha forma de Estado se caracteriza “en teoría” por la existencia de un solo centro de impulsión política y un conjunto único de instituciones de gobierno, que traen como consecuencia una organización política única, un ordenamiento constitucional único, homogeneidad en el poder y una organización política que cobija todo el territorio de forma idéntica. Por supuesto, rasgos puros imposibles de ubicar en su totalidad en el universo complejo de los Estados unitarios actuales: “cierta descentralización del poder, y cierta desconcentración de funciones, resultan inherentes a cualquier organización política”.³

En razón de lo anterior, una vez se insinúan los rasgos del modelo unitario puro, nos encontramos con una realidad diversa y compleja de Estados que se tildan como tales dentro de dicha clasificación. Por ejemplo, Estados unitarios en proceso de regionalización, casos concretos de Francia y Chile; Estados con avances significativos en descentralización administrativa, para lo cual, se invoca a Colombia a pesar de las contradicciones y retrocesos del proceso; Estados “unitarios” que, en oposición al “tipo ideal, permiten ciertos niveles de descentralización política, tal como se observa, en Portugal para la zona insular y el Reino Unido para el caso de Escocia e Irlanda del Norte.

En todo caso y a pesar de la variedad de situaciones, existe una marca distintiva para advertir la presencia de un Estado unitario. Así, lo reitera Revenga, cuando relaciona las siguientes características y limitaciones de este modelo, en donde:

Las normas que emanan de la instancia central están supra-ordenadas a cualquiera de las que pudieran aprobar las instancias administrativas periféricas, de tal manera que estas últimas nunca podrían hacer valer su capacidad de auto-normarse frente a (o en contra de) la voluntad política (general) expresada por las instituciones (centrales) del Estado a través de unas normas (básicas) que delimitan y con-

² Ferrando Badía, Juan, *El Estado unitario, el federal y el Estado autonómico*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 47 y 48.

³ Revenga, Miguel, “Las formas de Estado”, en: García Ruíz, José Luis (dir.), *¿Hacia dónde debe orientarse el modelo territorial en Colombia?*, Universidad de Cádiz-Universidad Libre- Junta de Andalucía, Bogotá, p. 35.

cretan, en cada momento, el alcance efectivo de la descentralización administrativa. La Constitución puede reconocer, y preconizar, los principios de descentralización administrativa y desconcentración de funciones, pero lo que nunca hará, en tal tipo de Estado, es garantizar la efectividad de tales principios mediante la separación de ámbitos de actuación, cuyos conflictos pudieran dirimirse con arreglo a criterios distintos a los de delegación, supervisión y, en último extremo, jerarquía normativa y supremacía de la voluntad política central frente a la que pudieran articular las instancias descentralizadas.⁴

Los tipos ideales o modelos territoriales puros están en permanente transformación, hecho que ha dado lugar a otras clasificaciones, varias de ellas provenientes de Estados unitarios. Así, por ejemplo, el modelo autonómico o regional de la Constitución española de 1931 y la Constitución italiana de 1948 provienen de Estados unitarios que mutaron a formas territoriales más descentralizadas. Para el caso español, la Constitución autonómica de 1948 invocó la descentralización política en cabeza del nivel intermedio de gobierno, sobrepasando el concepto de la desconcentración y de la descentralización meramente administrativa. Se trata, sin dudas, de un modelo que otorgó mayores grados de descentralización, casi siempre concedidos en respuesta de resistentes reivindicaciones territoriales en búsqueda de autogobierno e incluso de separación. El caso Español y el caso italiano dan cuenta de ello. En general, un modelo abierto que ha dado lugar a serios debates y contradicciones. Häberle,⁵ por ejemplo, señala que el modelo regional español es un hijo menor del federalismo, por su parte, Aja⁶ afirmó que, más que un hijo menor, el modelo autonómico, en materia de distribución competencial, supera a varios Estados federales, como el brasilero o el austriaco. A su vez, Italia ha hecho una apuesta severa para afianzar el modelo regional, tal como se observa en las reformas constitucionales dadas a finales de la década de los

⁴ *Ibidem*, p. 36.

⁵ Häberle, Peter, “Comparación constitucional y cultural de los modelos federales” (trad.), *ReDCE*, n.º 8 (jul. – dic. 2007), p. 184.

⁶ Aja, Eliseo, “El Estado autonómico en España a los 25 años de constitución”, en Pérez Royo, Javier y otros, (eds.) y Terol Becerra, Manuel José y otros (Coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas de VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, s. l., Aranzadi., 2006, p. 4286.

noventa y comienzos del siglo XXI, incluso la última de ellas denominada “La ley del federalismo”.⁷

Sin embargo, se escuchan voces y movimientos territoriales de inconformidad en el seno de los Estados autonómicos o regionales. Algunas de ellas claman federalismo, fragmentación e incluso lealtad al principio autonómico suscrito en el pacto constitucional de 1978. En modelos de arraigo federal también se sienten vientos de transformación: Baviera en Alemania, Quebec en Canadá o Flandes en Bélgica. Movimientos que reiteran que los temas del territorio son políticos, de distribución del poder, de reivindicación de nacionalidades, de culturas e incluso de dominación económica. No existen modelos perfectos a la hora de buscar concretar la aspiración autonómica de los pueblos: Más y más autonomía parece ser la fórmula.

Otro Estado que otrora se identificaba con el modelo unitario hoy clama una nueva categorización. Se trata de la *devolution*, modelo territorial adoptado por el Reino Unido, difícilmente ubicado en el contexto del Estado unitario, a no ser por el considerable poder del centro y la vulnerabilidad de la devolución “o delegación” de competencias. Sin dudas, un proceso de distribución del poder en el territorio, *sui generis* para la teoría tradicional de las formas de Estado “solo comprensible desde la óptica del constitucionalismo británico”.⁸ Se trata, de una forma de Estado que debe ser leída bajo el contexto histórico del Reino Unido. Una agregación de cuatro naciones: Escocia, Inglaterra, País de Gales e Irlanda del Norte, cuya historia común fue lograda a partir de tratados, unión dinástica, colonización e incluso conquista. Al final, nacionalidades sujetas a las instituciones unitarias, como son la monarquía, el Parlamento Central de Westminster y un gobierno.⁹

Modelo territorial que se caracteriza por una distribución territorial asimétrica del poder. “Dos territorios con poderes legislativos (Escocia e Irlanda del Norte), uno con poderes administrativos pero con una asamblea elegida democráticamente (Gales), una Alcaldía de Londres también elegida demo-

⁷ Girón Reguera, Emilia, “La descentralización territorial en Europa”, en García Ruíz, José Luis (dir.), *¿Hacia dónde debe orientarse el modelo territorial ...*, op. cit., p. 82.

⁸ Esteban Campos, Carlos Gustavo, *Devolution y forma de gobierno en Escocia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

⁹ Domínguez García, Fernando, *Las regiones con competencias legislativas. Un estudio comparado de su posición constitucional en sus respectivos Estados y en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 155-156.

cráticamente y ejerciendo poderes administrativos y un proceso inacabado de regionalización en Inglaterra mediante Agencias de Desarrollo”.¹⁰

Como se puede observar, la hibridez de modelos nos arroja Estados unitarios impregnados de descentralización política, tal como se vislumbra en Portugal (zona insular) e incluso en el Reino Unido (Escocia e Irlanda del Norte); igualmente, Estados federales con elementos característicos de constituciones unitarias, tal como se observa, en el texto constitucional venezolano, o Estados regionales que se acercan poco a poco a la categoría de Estado federal, afirmación recurrente en los textos que analizan el modelo autonómico español.

3. Estados unitarios y procesos de regionalización

Se reitera la afirmación realizada, sobre la influencia de Francia en la constitución territorial de los Estados unitarios. Hoy dicha impronta está más presente que nunca en ellos. Para el caso colombiano, por ejemplo, Francia ha sido la constitución territorial que más se ha imitado, sin desconocer también la influencia de otras constituciones paradigmáticas tanto autonómicas, regionales o federales que hacen presencia tímidamente y con el mestizaje propio que tiene el proceso de imitación de instituciones en cualquier proceso de construcción constitucional.

El proceso de regionalización llevado a cabo en Francia a partir de la segunda mitad del siglo XX ha sido retomado con mayor ahínco que otras propuestas territoriales, por diversos países de América Latina, no sin advertir serias diferencias y distancias en la implementación del modelo.

Francia, desde la segunda mitad del siglo XX, ha sido testigo de severas reformas territoriales. Se trata de un Estado unitario en proceso de transformación, entre otras razones, por la consagración constitucional de la figura regional, el tratamiento *sui generis* dado a los territorios de ultramar, y los cambios a los que fue sometida la institución departamental, entre otros aspectos. En todo caso, la tendencia federal mundial plasmada en la paulatina transformación de los otrora modelos centralistas español, italiano o belga no logró permear la estructura y los rasgos básicos de la descentralización administrativa francesa. A pesar de ello, se observan avances importantes en materia de administración, planificación y desarrollo en el tema regional.

¹⁰ *Ibidem*, p. 157.

Este proceso se da de la mano del resurgimiento de las regiones o los niveles subnacionales en la nueva era de los procesos de integración y de reacomodamiento de los Estados nacionales. Así, los modelos unitarios adecuan sus estructuras para estar a tono con dichas tendencias, eso sí, sin afectar de manera significativa su “criptotipo”¹¹ que en éste caso concreto está dado en el mundo de la centralización y la unidad.

Las siguientes expresiones propias del actual modelo territorial francés reflejan la paulatina transformación de su Estado unitario: flexibilización del principio de igualdad, constitucionalización de la figura regional, fortalecimiento del nivel local y departamental, principio dispositivo territorial,¹² derogación de forma experimental de leyes¹³ y reglamentos, reducción de los poderes de los prefectos, fortalecimiento de los recursos territoriales; espacios territoriales con regímenes territoriales *sui generis* y codificación del principios de subsidiariedad.¹⁴ Rasgos novedosos que reflejan la transformación que presenta el Estado unitario paradigmático: Francia.

Llegar a este punto de transformación ha sido una tarea de más de cincuenta años. Para el caso de la figura regional es necesario recordar que hacia la mitad del siglo XX Francia identifica diversas divisiones regionales para los asuntos militares, educativos o de telecomunicaciones. Posteriormente, el General de Gaulle presenta un proyecto relativo a la creación de regiones y a la renovación del Senado, el cual es rechazado en referéndum.¹⁵ La bandera regional es impulsada luego por Georges Pompidou, quien concibió las regiones

¹¹ Pegoraro, Lucio y Rinella, Ángel, *Introducción al Derecho Público Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM – Palestra, 2006, pp. 52 y 53.

¹² Las entidades territoriales pueden disponer sobre el conjunto de competencias que mejor puedan ejercer dentro de sus respectivos niveles y la disposición de un poder reglamentario.

¹³ “(...) antes de adoptar definitivamente un nuevo dispositivo normativo, puede ser razonable experimentarlo de forma puntual con el fin de evaluar todas sus consecuencias; si la evaluación es positiva, entonces la experiencia puntual se convierte en permanente y se generaliza; si, por el contrario, los resultados de la experimentación son dudosos, entonces evidentemente la experiencia se abandona”. Bon, Pierre, “Las recientes reformas territoriales francesas”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n° 22, 2003. p. 617.

¹⁴ Zoco Zabala, Cristina, “Revisión constitucional en Francia: La redefinición del modelo de descentralización administrativa”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*. No 72, 2004 y Ares Castro-Conde, Cristina. “La regionalización à la française: El alcance del derecho a la experimentación”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*. No 143, (enero-marzo. 2009,), pp. 31-55.

¹⁵ *Ibidem*, p. 36.

como una palanca del poder económico; además de vitales para la “realización y la gestión racional de grandes equipamientos colectivos”.¹⁶ Así, entonces, en el año 1972 pasan de divisiones meramente administrativas a la categoría de establecimientos públicos, limitadas a asuntos económicos, de orientación y elaboración de estudios y propuestas y se les permite un consejo regional y, en materia de autoridad ejecutiva, fungió el prefecto de la región como presidente del consejo regional. En los años ochenta, tres leyes profundizaron el proceso de descentralización: la Ley del 2 de marzo de 1982 y las Leyes del 7 de enero y del 22 de julio de 1983. Por creación legal, tal como lo disponía el artículo 72 de la CF (antes de la reforma de 2003), se erigieron las regiones como colectividades territoriales del mismo nivel de los departamentos y los municipios y los miembros de sus órganos deliberantes o consejos regionales, elegidos para un período de seis años mediante escrutinio de lista departamental y un presidente responsable del ejecutivo regional.

En general, en esta década la organización francesa del territorio avanza en varios aspectos: (i) la sustitución del prefecto por el presidente del consejo regional como autoridad ejecutiva del departamento, (ii) la disminución del peso de la tutela,¹⁷ (iii) la reinstauración del ejecutivo departamental y regional, elegido por la asamblea o consejo correspondiente y (iv) el aumento de competencias descentralizadas; por ejemplo, la región asumió las competencias de impulso de la planeación del desarrollo territorial, la planificación económica, la programación de equipamientos, la formación profesional continua y la dirección de los liceos y los establecimientos de enseñanza agrícola.¹⁸

Por su parte, la ley constitucional del 28 de marzo de 2003 dio un impulso a la descentralización territorial sin afectar de forma considerable el ancestral modelo unitario que ha identificado a la república gala. La ley ha sido complementada por la ley orgánica relativa al tema de la experimentación (1º de

¹⁶ Vidal Perdomo, Jaime. *La región en la organización territorial del Estado*, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2001, p. 124.

¹⁷ Explica Pierre Bon que hasta el año 1982 la tutela tenía las siguientes prerrogativas: el poder de aprobar las decisiones tomadas por la autoridad tutelada en un buen número de supuestos, el poder de autorizar a la autoridad tutelada para tratar sobre tal o cual asunto, el poder de actuar en lugar de la autoridad tutelada en el supuesto en que ésta desatendiera alguno de los actos prescritos por la ley y el poder de anulación de los actos de la autoridad tutelada, en principio en los supuestos de ilegalidad de dichos actos, pero a veces también en los supuestos de inoportunidad (*op. cit.*, pp. 611 y 613).

¹⁸ *Ibidem*, p. 610 y Vidal Perdomo, Jaime, *op. cit.*, pp. 127 y 128.

agosto de 2003), la ley orgánica que trata el tema de la autonomía financiera de las colectividades (29 de julio de 2004) y la ley relativa a las libertades y responsabilidades sociales (12 de agosto de 2004).¹⁹ El artículo 72 de la reforma constitucional incluyó el término de región, dentro de las colectividades territoriales, inserción que constitucionalizó su creación legal dada en el año 1982. A su vez, se permitió la creación legal de otras entidades territoriales, en lugar de una o de varias de las entidades mencionadas (municipios, departamentos, regiones, entidades con estatuto especial y entidades de ultramar). Este último aspecto de la reforma ha dado lugar a lo que la doctrina denomina “lista abierta” en materia de entidades territoriales.

La inclusión de la región es un asunto más formal que real, ya que en la práctica venía operando como entidad territorial.²⁰ La mayor innovación de la reforma está en permitir la creación de otras entidades territoriales bajo la figura de la fusión o sustitución, asunto que supera la superposición de entidades y el caos, además de permitir la futura organización de la división político-administrativa y la aplicación del principio de diversidad dentro del contexto de un Estado unitario descentralizado.

Es necesario anotar que las reformas emprendidas en el año 2003 no desbordaron el ámbito del Estado unitario. Así, por ejemplo, en el tema de nivel intermedio de gobierno y en comparación con el modelo autonómico español, De la Fuente Cabero, señala:

En la Constitución de la República Francesa de 1958 no existe ninguna regulación comparable a la del Título VIII Capítulo III de la Constitución Española, aunque no hay que dejar de recordar que mediante las últimas reformas legales y constitucionales, que se han estudiado supra, se ha avanzado en la descentralización administrativa de las colectividades territoriales e incluso se ha reconocido la posibilidad de autonormación a las colectividades de ultramar, pero la situación dista mucho del grado de descentralización política alcanzado en España.²¹

¹⁹ Ares Castro-Conde, Cristina, *op. cit.*, p. 40.

²⁰ Zoco Zabala, Cristina, *op. cit.*, p. 165

²¹ De La Fuente Cabero, M. Inmaculada, *Las regiones en Europa*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005, p. 337.

Por su parte, Zoco Zabala²² afirmó que la revisión constitucional francesa no alteró de forma significativa los rasgos básicos del Estado unitario francés ni vulneró los principios de indivisibilidad, democracia e igualdad. Así entonces, (i) la inclusión de la palabra región no vulneró el principio de unidad, en tanto éstas carecen de potestades legislativas, (ii) la denominada “lista abierta de entidades” e incluso la posibilidad de sustitución de colectividades territoriales tradicionalmente existentes solo permiten terminar con la rigidez del texto constitucional original y garantizar una mayor eficacia en la gestión de los asuntos públicos, (iii) la soberanía nacional quedó protegida a través de la participación de los territorios de ultramar en las funciones legislativas y reglamentarias estatales en materias de su competencia, eso sí, previa autorización del órgano legislativo; (iv) la implementación del derecho de experimentación se realizó mediante las necesarias limitaciones constitucionales y legales para su ejercicio y (v) frente al principio de autonomía fiscal se trató de dar un impulso a la descentralización y la búsqueda de un Estado más democrático. En conclusión, las reformas no vulneraron los principios de unidad, democracia e igualdad; simplemente y de forma tímida continúan con la descentralización administrativa impulsada en el trascurso del siglo XX y el reconocimiento constitucional de la figura regional y de la diversidad de los territorios insulares.²³

Otro caso especial de regionalización dentro del contexto de un Estado unitario lo constituye Portugal. Existe un rasgo que identifica a este país con el modelo autonómico español, se trata de la atribución de potestades legislativas a las regiones insulares, conforme al texto del artículo 227 de la Constitución portuguesa.²⁴ Estas legislan bajo las limitaciones del modelo unitario, la Constitución y las leyes de la República, en materias de interés

²² Zoco Zabala, Cristina, *op. cit.*, pp. 185 y 186.

²³ *Ibidem*, pp. 185 y 186.

²⁴ Artículo 227. (Poderes de las regiones autónomas). 1. Las regiones autónomas son personas colectivas territoriales y tienen las siguientes atribuciones, que serán definidas en los respectivos estatutos: a) Legislar, dentro del respeto a los principios fundamentales de las leyes generales de la República, en materias de interés específico para las regiones que no estén reservadas a la competencia propia de los órganos de soberanía; b) Legislar, con autorización de la Asamblea de la República, en materias de interés específico para las regiones que no estén reservadas a la competencia propia de los órganos de soberanía; c) Desarrollar, en función del interés específico de las regiones, las leyes de bases en materias no reservadas a la competencia de la Asamblea de la República, así como las previstas en las letras f), g), h), n), t) y u) del apartado 1 del artículo 165 (...).

específico, que no estén reservadas a la competencia propia de los órganos de soberanía. La Constitución, para el caso del territorio continental relaciona como entidades locales a los municipios, distritos y regiones administrativas. Ante la ausencia actual de regiones administrativas el distrito debe fungir como nivel intermedio de gobierno o como dependencia de enlace entre la Nación y el nivel municipal.

El papel de la región administrativa fue meramente definido por el Constituyente; este le otorgó funciones en asuntos de dirección de servicios públicos, coordinación, apoyo a la acción de los municipios, elaboración de los planes regionales y participación en la elaboración de los planes nacionales. Para su administración la dotó de órganos representativos como la asamblea regional y la junta regional.²⁵ Al igual que en las regiones autónomas, la Constitución permite el nombramiento de un representante del gobierno,²⁶ nombrado en Consejo de Ministros, cuya competencia se extiende a las entidades locales existentes en el área regional. A manera de síntesis, es ilustrativa la diferencia que realiza Freitas do Amaral²⁷ entre la descentralización insular y la descentralización continental, así:

Las regiones continentales son autarquías locales, las regiones autónomas insulares son verdadera regiones político administrativas. Las regiones continentales se rigen por el Derecho estatal, las insulares por sus propios Estatutos elaborados por ellas mismas, aunque respetando las directrices constitucionales.

²⁵ La asamblea regional, integrada además de los representantes elegidos directamente, por los ciudadanos, miembros elegidos por las asambleas municipales en número inferior de aquellos y la Junta Regional elegida por voto secreto de la asamblea regional.

²⁶ Sobre la figura del representante del gobierno o gobernador civil regional, López Mira señala: “no deja de resultar sorprendente para quien esto escribe —también originario de un Estado receloso de la autonomía local que, sin embargo, proclama— como la gran protección existente en Portugal sobre las entidades locales por parte del Gobierno central (Ley No 87/89, de 9 de septiembre), se extiende, asimismo, a las regiones administrativas. La consideración de las entidades locales como menores de edad por parte de los Estados centralistas parece ser un rasgo común a todos ellos en su afán paternalista, aunque se descentralicen. De ahí que no quepa llamarse a engaño sobre las posibilidades de autonomía que pueda conceder un padre celoso y protector que traspasa, sin el más mínimo rubor, el ordenamiento civil decimonónico a la esfera jurídico-política, responsablemente participativa y democrática, de las puertas del siglo XXI”. López Mira, Álvaro Xosé, “La regionalización en Portugal”, en: *Revista de las Cortes Generales*. No. 53, 2001, p. 159.

²⁷ *Ibidem*.

Las regiones continentales tienen poderes administrativos, reglamentarios; las autónomas, también pero además poderes legislativos y participan, parcialmente, en el ejercicio de la función pública del Estado.

Las continentales apenas intervienen en la elaboración del plan regional; las autónomas lo elaboran ellas mismas sin apenas interferencias. La disolución de los órganos regionales en el continente compete al gobierno; la de los órganos de las regiones insulares al Presidente de la República, oídos la Asamblea de la República y el Consejo de Estado.²⁸

Alfonso D'Oliveira Martins, por su parte, al hablar sobre la historia del proceso regional continental de Portugal invoca el siguiente título: "La región administrativa frustrada".²⁹ En general, una historia cuyos antecedentes jurídicos inmediatos además del texto constitucional, están en la aprobación de la Ley-Cuadro 56 de 1995; la concreción del tema, a través de la Ley 19 de 1998 o de creación de las regiones administrativas; y la correspondiente convocatoria a consulta popular efectuada mediante el Decreto 39 de 1998. El resultado de la consulta popular frustró la creación de este nivel intermedio de gobierno, ya que el 63,47% de los votos válidos se pronunciaron en contra de la institucionalización de las regiones administrativas.³⁰

Tal como lo periodiza Claudia Rodríguez,³¹ Chile inicia un proceso de regionalización a partir de la segunda mitad del siglo XX. Tres etapas identifica Rodríguez, periodos que a su vez coinciden con los modelos de desarrollo implementados en el país austral durante la misma época.³² La primera, identificada entre 1964 y 1974, años dentro de los cuales se formuló

²⁸ *Ibidem*, p. 165.

²⁹ D'Oliveira Martins, Alfonso, "La descentralización territorial y la regionalización administrativa en Portugal", en *Cívitas Europa – Revista sobre la evolución de la Nación y el Estado en Europa*, n° 3, 1999, p. 356.

³⁰ *Ibidem*, p. 359.

³¹ Rodríguez S., Claudia y Ducci V. María Elena, "La descentralización en Chile: el peso de las tradiciones centralistas y autoritarias", en Restrepo I., Darío, *Historias de Descentralización. Transformación del régimen político y cambio en el modelo de desarrollo América Latina, Europa y EUA*, Universidad Nacional de Colombia, Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá, 2006.

³² *Ibidem*, p. 577.

la primera política de ordenamiento territorial de impacto nacional. Dicha política territorial se tradujo en una propuesta de regionalización,³³ diseñada inicialmente por el gobierno de Eduardo Frei Montalva,³⁴ cuyos objetivos fueron los de (i) superar la concentración de actividades económicas en una sola ciudad, (ii) disminuir la desigualdad regional y (iii) lograr un alto nivel de integración regional. Por su parte, la descentralización concebida por el gobierno de izquierda de Salvador Allende, derrocado en el año 1973, reorientó la política regional hacia la superación de las disparidades regionales, a partir de una mayor inversión en las regiones pobres o de menor desarrollo; en general, este último gobierno impulsó la deslocalización o la desconcentración espacial, muy a tono con el modelo de desarrollo, característico de dicha época, denominado de “sustitución de las importaciones”.³⁵

La segunda abarca desde 1974 hasta el año 1990 y coincide con el período de la dictadura militar. Un proceso de deslocalización, acompañado por un proceso de desconcentración cuyo propósito fue fortalecer el control del gobierno central. A su vez, dicha etapa coincide con el impulso de la regionalización y la aplicación del modelo de la liberalización de la economía y la doctrina de la seguridad nacional.³⁶ En apretada síntesis, se trata de un proceso de regionalización y de desconcentración motivado en cuestiones geopolíticas, de seguridad y de mercado. Desde esta década³⁷ la división territorial

³³ Navarro Abarzúa realiza una síntesis de los enfoques regionales implementados en Chile, así: Para los años cincuenta un desarrollo centrado en las grandes empresas estatales y en su impacto en el crecimiento económico; para los años sesenta, el enfoque estuvo dado en el fortalecimiento de los polos de desarrollo, en general, una orientación fracasada por la ausencia de políticas de descentralización económica o administrativa; por su parte, a partir de los años setenta predominó el criterio del libre mercado, precisamente Chile fue pionero en la implementación del modelo neoliberal, entre otros, por la descarga de competencias locales en asuntos de salud y educación; y, de los años noventa en adelante, un modelo ligado a los conceptos de descentralización e incluso de globalización. Navarro Abarzúa, Iván, “Una propuesta para evaluar la regionalización”, en *Ecuador Debate*. Quito. No 65, (agosto – 2005), pp. 122 y 123.

³⁴ Doce regiones, así: Tarapacá: Tarapacá; Antofagasta: Antofagasta; Atacama-Coquimbo: Atacama, Coquimbo; Aconcagua-Valparaíso: Aconcagua, Valparaíso; Zona Metropolitana: Santiago; O’Higgins-Colchagua: O’Higgins-Colchagua; Maule: Curicó, Talca, Linares, Maule; Biobío: Nuble, Concepción, Arauco, Biobío, Malleco; Cautín: Cautín; Los Lagos: Valdivia, Osorno; Los Canales: Llanquihue, Chiloé; Aisén; Magallanes: Magallanes.

³⁵ Rodríguez S., Claudia y Ducci V. María Elena, *op. cit.*, p. 577.

³⁶ *Ibidem*, p. 577.

³⁷ Los Decretos Leyes 573 y 574 de 1974 dieron origen a la división territorial.

chilena se estableció en regiones,³⁸ provincias y comunas, además de las áreas metropolitanas, transformando las otrora divisiones, esto es, las provincias, departamentos y comunas. La regionalización, durante el período dictatorial, trasciende el tema de planificación y se orienta hacia la construcción de una nueva división territorial, bajo el principio organizacional de la desconcentración. Se pondera la creación del Fondo Nacional de Desarrollo Regional y del Fondo Común Municipal, mecanismos económicos para el impulso del desarrollo y la promoción del principio de solidaridad o compensación a partir de la reasignación de recursos en favor de las comunas económicamente más débiles; eso sí, hay avances lentos dados a pesar de la dependencia y dominación del Estado centro.³⁹

La tercera etapa se identifica desde el año 1990 hasta la fecha; un esfuerzo por superar la desconcentración y reorientar el proceso hacia una descentralización muy a tono con las reformas territoriales implementadas en la década de los ochenta y noventa en América Latina, esto es, el boom de la elección popular de alcaldes y concejales, la instauración de gobiernos regionales, sin afectar el modelo desconcentrado en materia de intendentes, gobernadores, secretarías regionales ministeriales y direcciones regionales de los servicios públicos, además de la creación de nuevos instrumentos de financiamiento de la actividad regional y el propósito de la expedición de leyes orgánicas en materia territorial.

4. Colombia, regionalización y región como entidad territorial

La constante centralista ha sido el modelo de administración territorial reiterado en la constituciones políticas colombianas. Las constituciones de 1821, 1830, 1832, 1843, 1853 (centro federal), 1886 y 1991 reiteran a la república unitaria como el principio jerárquico que ha irradiado las relaciones entre poder y territorio. De manera excepcional, la historia da cuenta de un pequeño interregno federal, escrito por las cartas constitucionales de 1858 y 1863.

³⁸ Regionalización agrupada en los tres grandes sistemas geográficos que atraviesan el mapa chileno, así: el Sistema Interregional norte (Tarapacá, Antofagasta, Atacama, Coquimbo; el Sistema Interregional Central (Aconcagua, Metropolitana de Santiago, O'Higgins, Maule, Biobío, La Frontera y los Lagos) y el Sistema Interregional Austral (Aysén y Magallanes y a Antártica Chilena).

³⁹ Rodríguez S., Claudia y Ducci V. María Elena, *op. cit.*, p. 587.

Diversos niveles de centralismo se encuentran en las constituciones unitarias relacionadas. En varias de ellas pervivió una esfera de lo autonómico. Sin duda, una historia desequilibrada que ha beneficiado el Estado centro en detrimento de la periferia, bajo el argumento de la “minoría de edad”.

Es importante recordar que todo el siglo XX estuvo determinado por la constitución “regeneradora” (1886) que apenas tuvo algunas reformas que aliviaron la carga centralista del modelo y el manejo exclusivo del centro y de Bogotá acerca de todos los asuntos de la periferia. En dicha centuria se observa una figura departamental bastante aminorada y desconocida, y no era para menos; aquella representó durante los primeros años de existencia de la Constitución Política de 1886 a los empoderados estados del interregno federal. Así las cosas, surgieron varias medidas para fraccionarlos, incapacitarlos, desconocerlos y someterlos.

Se observan algunos avances descentralizadores en los últimos años de la década de los años sesenta y otras reformas importantes en los años ochenta, eso sí, en beneficio de la entidad local como entidad fundamental. El nivel intermedio de gobierno estuvo en la mira en todas estas décadas, pero la incipiente intervención solo llegará con el proceso de creación de la Constitución Política de 1991 y los años posteriores, por supuesto, con las vacilaciones del caso. Un hecho recurrente en los Estados unitarios, que dieron mayor prelación a lo central y lo local en detrimento del nivel intermedio de gobierno, que solamente ha sido objeto de atención en los últimos años, en razón de los vientos globalizadores, de la integración, de la simple “imitación” o de las tendencias descentralizadoras.

La Constitución de 1991, fruto de diversas fuerzas políticas, retomó el modelo unitario, cifrando de nuevo en este la resolución de los males padecidos por Colombia. El modelo territorial y el papel del nivel intermedio fueron levemente transformados en relación con su antecesora: la Constitución de 1886. La Asamblea Nacional Constituyente, si bien tuvo propuestas federales y regionales, optó por el modelo unitario, para lo cual se argumentaron severos temores de guerra y fragmentación. No en vano la Asamblea fue testigo del asesinato de varios líderes políticos, candidatos presidenciales, bombas, masacres y, en general, toda clase de estrategias utilizadas por grupos al margen de la ley orientados a la desestabilización del Estado e incluso a su control territorial.

En última instancia, la opción territorial de la Asamblea fue la misma de la Constitución de 1886. Un buen momento desaprovechado en razón de los miedos. Cinco ideas se reiteraron en los debates constitucionales: autonomía de las entidades territoriales, profundización de la descentralización, fortalecimiento económico de los entes territoriales, consagración del municipio como eje fundamental del Estado y democracia participativa.

Si bien la Constitución de 1991 reiteró la forma de Estado unitaria, también es cierto que quiso atemperar el modelo, bajo la inclusión de los principios constitucionales de autonomía y descentralización. Esta Constitución incluyó varios elementos propios de otras constituciones paradigmáticas o de modelos territoriales más descentralizados.

En principio, la Constitución francesa ha marcado y sigue marcando la construcción del territorio en Colombia, por supuesto, con las variables propias de los procesos de imitación y mestizaje, también lo hacen, tanto en el texto constitucional como en la producción jurisprudencial, el modelo español e incluso el modelo regional italiano. Tampoco se puede desconocer la marcada influencia del modelo de desarrollo neoliberal que caracteriza la constitución económica de 1991 y la producción normativa que se ha expedido en los últimos veinte años en Colombia, la cual ha entrado en constante tensión y contradicción con otro principio constitucional, esto es, el Estado social de derecho.

Corroboran los anteriores planteamientos la inclusión de los términos de autonomía, región y estatutos, los cuales dan cuenta del proceso de imitación de las constituciones territoriales española como italiana y las innumerables reformas a las que ha sido sometido el Título XII en asuntos de transferencias intergubernamentales, hoy Sistema General de Participaciones, a partir de los conocidos procesos de imposición y condicionamientos de organismos internacionales, como el Fondo Monetario Internacional.

Igualmente, se observa una creación propia, esto es, el afán por consolidar un ordenamiento para la paz y el desarrollo sostenible y equilibrado del territorio.

La expresión “autonomía” aparece en la mayoría de las gacetas constitucionales; sin embargo, dicho término quedó relativizado debido al contexto del Estado unitario, dentro del cual dicho nivel carece de potestades legislativas, constitucionales y judiciales y, a cambio, desarrolla una descentralización administrativa cuyo libreto, generalmente, lo elabora el Estado centro.

Si bien dicho principio es el comienzo de la transformación de las relaciones entre el centro y la periferia, también es cierto que el camino por recorrer es largo; pero algo más complejo aún es la ruptura con los paradigmas tradicionales que han marcado estas tensas relaciones en Colombia.

Unidad, autonomía y descentralización se convirtieron en los principios territoriales del modelo colombiano, eso sí, el primero desde una perspectiva jerárquica exhibida de forma contundente en muchas de las interpretaciones que ha hecho la Corte Constitucional y las leyes que desarrollan la inacabada tarea del constituyente en materia territorial.

Bajo la óptica comparada, se creó un Estado unitario con descentralización administrativa en cuyo nivel local está el municipio (1.101) como entidad fundamental, el distrito (5) y la futura creación de entidades territoriales indígenas y de las provincias. En el nivel intermedio de gobierno existe el departamento y, en el futuro, previa creación de una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, las regiones como entidades territoriales.

A pesar de la invocación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad y de la posibilidad de creación de diversos regímenes y categorización de las entidades territoriales, la distribución de competencias (Leyes 715 de 2001, 1176 de 2007 y 1438 de 2011) sigue obedeciendo a un criterio rígido y de homogeneidad territorial. A pesar de que se invoca el principio constitucional de “distribución de competencias con sus correspondientes recursos”, también es cierto que es necesario avanzar en una agresiva reforma tributaria que fortalezca las finanzas tanto del nivel intermedio como del nivel local de gobierno. Avanzar en un rediseño de distribución competencias más flexible, heterogéneo e incluso de aplicación del principio de disposición territorial y volver, incluso, a la fórmula inicial de transferencias intergubernamentales construida por el constituyente de 1991 es una de las opciones planteadas.

El espíritu social del Constituyente de 1991 ha cedido ante insuperables presiones externas, hecho que ha llevado a la reforma del sistema de transferencias intergubernamentales, lo cual ha incidido en el debilitamiento de los recursos que resultan insuficientes para cubrir toda la carga competencial que le ha sido asignada a las entidades territoriales.

En todo caso, los últimos veinte años se han identificado con el término de recentralización. Si bien se han hecho avances en materia de distribución competencial, también hay que decir que el centro determina el libreto y condiciona a diario el quehacer de las entidades territoriales. El tema de los

recursos, bastante frágil como se ha dicho, ha debido ceder, hasta el punto de hablarse del fracaso de la descentralización fiscal y el necesario impulso de una descentralización realmente vinculada a los términos de autonomía y de Estado social de derecho.

4.1. Una ley orgánica fraccionada

El constituyente originario de 1991 dejó en manos de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial -LOOT- algunas tareas específicas y concretas.⁴⁰ Lo demás, en manos de la legislación ordinaria. Así, la reserva de dicha ley no se extiende a toda la materia territorial, sino tan solo a las materias indicadas de forma expresa y taxativa por el Constituyente para ser reguladas mediante leyes orgánicas. Es de recordar que la normativa orgánica debe ser la excepción al principio general de la potestad legislativa ordinaria.

Es importante aclarar que Colombia no tiene un estatuto o una norma especial que aborde de forma integral el tema del ordenamiento, por lo menos, desde la perspectiva político administrativa. Así lo reitera la siguiente frase:

En el país no existe una definición unívoca del OT, respecto al cual se identifican diferentes enfoques y acepciones. Por ejemplo, en la Ley 99 de 1993 se hace referencia al ordenamiento desde el punto de vista ambiental; en la Ley 388 de 1997 se aborda el tema desde la perspectiva físico-espacial; en la Ley 715 de 2001 y otras leyes sectoriales se hace relación a la distribución de competencias y recursos (tema objeto de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial —LOOT— de acuerdo con el artículo 151 constitucional); y en los proyectos de

⁴⁰ “La asignación de competencias normativas a las entidades territoriales (CP art. 151), la distribución general de competencias entre la Nación y las entidades territoriales (CP art. 288), los requisitos para la formación de nuevos departamentos (CP art. 297), las condiciones para solicitar la conversión de una región en entidad territorial (CP art. 307), los principios para la adopción del estatuto especial de cada región, así como las atribuciones, los órganos de administración, y los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías (CP art. 307), el régimen administrativo y fiscal especial de las áreas metropolitanas, así como los mecanismos que garanticen la adecuada participación de las autoridades municipales en los órganos de administración de estas áreas (CP art. 319), igualmente la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de los municipios a las áreas metropolitanas (CP art. 319), las condiciones para la conformación de entidades territoriales indígenas (CP art. 329)” (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C600 A de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial prima la perspectiva de la organización político-administrativa en el territorio.⁴¹

Se trata de una ley de principios (Ley 1454 de 2011) que trata diversos asuntos, varios de ellos de construcción legislativa ordinaria y desarrolla en menor medida las verdaderas tareas encomendadas por el Constituyente, o simplemente las desconoce.

Sin duda, el centro de la nueva normativa orgánica es el principio de asociatividad y el impulso de esquemas asociativos territoriales, esto es, alianzas estratégicas de entidades territoriales con miras a impulsar el desarrollo autónomo y autosostenible de las comunidades; cuyo objetivo, tal como lo establece la normativa es producir economías de escala, generar sinergias y alianzas competitivas que no impliquen una reestructuración del Estado ni su institucionalización, sino procesos complementarios para apoyar y fomentar las instituciones existentes.

Así, la nueva LOOT se dedicó a desarrollar, preferentemente, el artículo 285 de la Constitución Política, que no requería de un procedimiento legislativo especializado. Dicho artículo constitucional hace referencia a que, fuera de la división general del territorio, se construirán otras divisiones territoriales para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo del Estado. En este contexto se impulsan en Colombia los siguientes esquemas asociativos: regiones de planeación y gestión, provincias administrativas y de planificación, áreas metropolitanas y entidades territoriales económicamente desarrolladas, para que se asocien con las más débiles. También se habla de asociaciones de departamentos, asociaciones de municipios, asociación de distritos especiales y asociación de Corporaciones Autónomas Regionales, y, finalmente, se hace alusión al artículo 306 de la Constitución Política, es decir, de la promoción, también bajo la política de incentivos de las regiones administrativas y de planificación, diferentes a las regiones de planeación y gestión. Tantas expectativas en el principio de asociatividad, de vieja data en Colombia y que a la fecha ha dejado pocos réditos en materia de organización territorial.

Las diversas opciones de asociatividad territorial no pueden generar cargos ni al Presupuesto General de la Nación, ni al Sistema General de Par-

⁴¹ Colombia, Departamento Nacional de Planeación, *Notas sobre el ordenamiento territorial y los proyectos de Ley Orgánica sobre la materia. Documento de Trabajo*, 2007.

ticipaciones, ni al Sistema General de Regalías. Se exceptúan las Regiones de Planeación y Gestión, que son el centro de la normativa y los únicos mecanismos encargados de planear y ejecutar la designación de los recursos del nuevo Fondo de Desarrollo Regional, el cual, a su vez, es el encargado de financiar los proyectos regionales de desarrollo. Por lo demás, la consigna es impulsar las diversas opciones de asociatividad y concursar, bajo los criterios que determine el Estado centro, por los recursos y el guño del gobierno central.

En materia de competencias, se reiteran los principios de coordinación, concurrencia, subsidiariedad, complementariedad, eficiencia, equilibrio entre competencias y recursos, gradualidad y responsabilidad. Según la LOOT los departamentos y municipios tienen autonomía para determinar su estructura interna y organización administrativa central y descentralizada, y el establecimiento y distribución de funciones y recursos sin estar sometidos a la revisión, aprobación o autorización de autoridades nacionales, eso sí, sin perjuicio del control de constitucionalidad o de legalidad. Además, señala que los municipios son titulares de cualquier competencia que no esté atribuida expresamente a los departamentos o al Nación. Al final dedica la tarea de distribución de competencias al tema de ordenamiento u ordenación del territorio. En este punto es asertiva ya que impulsa el debate de la planeación multiescalar en Colombia y el ajuste urgente de la Ley 388 de 1997.

Así las cosas, sigue inconcluso el tema territorial en Colombia, pues la LOOT no resuelve el tema de la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales ni el alcance de la distribución general de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, no habla sobre el tema de la conversión de la región en entidad territorial ni de los principios para la adopción del estatuto especial de cada una de ellas, tampoco resuelve los vacíos existentes en materia de áreas metropolitanas ni hizo referencia al tema de conformación de las entidades indígenas.

A cambio, se produjo una nueva orientación territorial y la construcción de diversas opciones territoriales administrativas que, conforme lo señala la LOOT deben privilegiar los mecanismos asociativos que optimicen el gasto público y el buen gobierno en su conformación y funcionamiento. Sin duda, el criterio fiscalista primó en el enfoque dado al tema regional y el de asociatividad.

El departamento es ganador, el municipio sigue posesionándose, las comunidades indígenas continúan con el reto de participar e intervenir en

la construcción de la ley orgánica que va a definir el alcance de las entidades territoriales indígenas y está el hundimiento de las regiones y provincias como entidades territoriales. A cambio, perviven los mismos principios y las orientaciones fiscalistas del proyecto de LOOT presentado durante la primera administración del Álvaro Uribe: el principio de asociatividad, el desarrollo del artículo 285 de la Constitución y la marcada centralización de recursos.

El anterior análisis no se desprende de la forma en que el gobierno presentó los principales aspectos de la Ley 1454 de 2011, así:

1. Define los conceptos generales marco del ordenamiento territorial.
2. Se promoverán y pondrán en marcha las Zonas de Inversión para la superación de la pobreza y la marginalidad, a fin de ligar el desarrollo de la Nación a la inversión en lo local, especialmente en aquellas zonas que más lo necesitan.
3. Contempla los criterios de aplicación de recursos de los Fondos de Compensación Territorial y de Desarrollo Regional, que se regulan en el Acto Legislativo de regalías, y define los principios mínimos que orientan su ejecución a proyectos de inversión de impacto regional: obras como el Tren del Caribe, grandes autopistas, zonas portuarias, premiando la asociatividad en la inversión, con burocracia cero.
4. Habrá región, pero sin más estructuras burocráticas: región para la inversión y el desarrollo, a través de las Regiones de Planeación y Gestión de las Regiones Administrativas y de Planificación.
5. También se podrán conformar provincias como instancias administrativas y de planificación al interior de los departamentos, para organizar el desarrollo municipal armónicamente.
6. Tendremos modelo de integración regional que promueve alianzas estratégicas, para generar economía de escala, proyectos productivos y competitividad para el desarrollo y la prosperidad.
7. Se crean formas flexibles y novedosas de integración territorial, como las Regiones de Planeación y Gestión, premiando la inversión y la competitividad.
8. Se fortalecerán las áreas metropolitanas: se define su régimen fiscal y se desarrollan criterios para facilitar su conformación.

9. Regula la delegación de competencias vía contrato (...) entre la Nación y las entidades territoriales, lo que permite un escenario flexible de negociación de competencias, según capacidad fiscal, técnica o administrativa entre la Nación y las entidades territoriales. No traza un marco rígido o un catálogo inflexible de competencias.
10. Desarrolla el alcance de los artículos 302 y 320 de la Constitución Política en materia de diversificación de competencias de las entidades territoriales y permite su ampliación en iniciativas legales como el Régimen Departamental y el Régimen Municipal.⁴²

4.2. ¿Y la región como nivel intermedio de gobierno?

La palabra región aparece en varios artículos de la Constitución Política de 1991. (i) En una de sus acepciones hace referencia a un escalón del nivel intermedio de gobierno que en Colombia, tal como aparece la redacción del artículo 286, está asignado tanto al departamento como a la región. Ante la ausencia de regiones como entidades territoriales, el departamento es el único nivel intermedio de gobierno actual.

La región, como entidad territorial, sería acreedora de las atribuciones que le otorga el artículo 287 a las entidades territoriales, esto es: gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y “participar en las rentas nacionales”.

La decisión del Constituyente de insertar a la región dentro del listado de entidades territoriales no fue sencilla. Complejidad que se reitera en los diversos Estados unitarios estudiados, que insertaron en los textos constitucionales la figura regional como entidad territorial o que han impulsado con serias dificultades procesos de regionalización desde la perspectiva administrativa.

Para el caso colombiano y, bajo la premisa de que las constituciones son actos políticos, se puede decir que el constituyente tuvo que ceder ante la presión de algunos actores territoriales y políticos que abogaron o por otra forma de Estado más descentralizada o por la inclusión del término de región en la lista de entidades territoriales, cifrada bajo el modelo territorial

⁴² Colombia, Ministerio del Interior, 2011.

unitario. Una negociación que dejó victoriosa a la forma de Estado unitario y a la coexistencia, en la organización territorial, de siete escalones de gobierno: nación, regiones, departamentos, provincias, territorios indígenas, distritos y municipios. Si bien es una amplia lista de entidades territoriales, también es cierto que aquellas están supeditadas a las consabidas limitaciones de las divisiones político-administrativas en el contexto del Estado unitario. En este punto se debe señalar que los Estados con mayores niveles de descentralización se caracterizan por la existencia de múltiples niveles territoriales que permiten el desarrollo pleno de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Alemania es un ejemplo significativo de la existencia de multiniveles territoriales en el desarrollo de su modelo federal de cooperación.

La región, la provincia e incluso los territorios indígenas lograron un espacio en el texto constitucional, sin duda una ganancia histórica, que apenas inicia la trayectoria de su concreción.

Veinte años después siguen los debates sobre la exagerada cifra de escalones territoriales. De hecho, existió una propuesta en ese sentido que pretendió suprimir el paso constitucional de Región Administrativa y de Planificación (art. 306 de la Constitución Política) a Región como Entidad Territorial (art. 307 de la Constitución Política),⁴³ esto es, una reforma constitucional que permitía la construcción de la región como entidad territorial en un solo momento, eso sí, bajo la supresión o fusión de los departamentos que la fuesen a constituir. Así, se pensaba incentivar la supresión de varios departamentos y la creación de grandes regiones como único nivel intermedio de gobierno. Tal propuesta fue presentada en la primera administración de la Presidente Álvaro Uribe, argumentada bajo criterios eminentemente fiscales, económicos y de reducción del Estado. Menos departamentos, un solo gobernador regional, una sola asamblea regional y una “gran región” como fórmula de reducción del gasto público.

Propuesta que sucumbió en el debate político de la mencionada reforma constitucional y que es contradictoria del actual texto constitucional, diseñado para la implementación gradual de la región territorial, así:

⁴³ Colombia, Gaceta del Congreso, Año XII – n° 344 de 23 de julio de 2003. Contiene el proyecto de Acto Legislativo n° 03 Senado, por medio del cual se pretendió adoptar reformas estructurales a la Constitución Política. Igualmente, contiene la presentación y sustentación elaborada por Fernando Londoño Hoyos y Alberto Carrasquilla Barrera, Ministros del Interior y de Justicia y de Hacienda y Crédito Público, respectivamente.

Regiones Administrativas y de Planificación.

Artículo 306. Dos o más departamentos podrán constituirse en regiones administrativas y de planificación, con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio. Su objeto principal será el desarrollo económico y social del respectivo territorio.

Condiciones, atribuciones, órganos y recursos de las regiones.

Artículo 307. La respectiva ley orgánica, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial, establecerá las condiciones para solicitar la conversión de la región en entidad territorial. La decisión tomada por el Congreso se someterá en todo caso a referendo de los ciudadanos de los departamentos interesados.

La misma ley establecerá las atribuciones, los órganos de administración, y los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del fondo nacional de regalías. Igualmente definirá los principios para la adopción del estatuto especial de cada región.

Como se observa, la definición constitucional no invita a la reconstrucción del mapa político-administrativo a partir de criterios sociológicos, culturales, históricos y geográficos. Más bien se puede pensar en la suma de departamentos y la creación de un escalón de mayor tamaño, cuya vocación está atada al mundo de la planeación, el desarrollo económico y la integración regional. Otra interpretación de corte fiscalista, como aquella presentada en el año 2003 durante la primera administración del presidente Uribe lleva a pensar que la región tiene la tarea de subsumir el nivel intermedio menor y, por lo mismo, facilitar la reducción del Estado mediante la eliminación de dicha figura y su carga burocrática y financiera, quedando la suma de departamentos en manos de un solo gobernador regional y de una sola asamblea regional, tal como se ha dicho con anterioridad. Esta última lectura no es dable actualmente.

En veinte años los débiles departamentos se han fortalecido. Ello invita a pensar en los dos nivel intermedios de gobiernos, eso sí, con competencias y recursos debidamente delimitados. El tradicional “departamento” ha logrado consolidar un acumulado histórico, político, burocrático y de autonomía que difícilmente abandonarán en aras de la entidad territorial mayor. En cualquier caso, la construcción de estas entidades territoriales, bajo la lógica de la Constitución de 1991 e incluso bajo criterios menos rígidos, implica la existencia

de diversos conflictos relacionados con la agregación o segregación de territorios que quieren o no quieren ser parte de la entidad territorial superior, y por ende, de complejos debates políticos y socio-económicos.

La situación es compleja: departamentos que se han institucionalizado a lo largo de los años y que se niegan a abandonar los privilegios de la descentralización, si bien menguados por el Estado centro; regiones limitadas a la suma de las viejas entidades departamentales que requieren para su configuración del guiño previo de la entidad departamental y de agotar una fase meramente administrativa, que en los últimos años se ha frustrado.

Es importante anotar que la discutida muerte del departamento y la construcción de la región en su remplazo han sido descartadas. Por lo menos así se observa en la primera década del siglo XXI en Colombia. Afirmación que se soporta en las nuevas orientaciones de fortalecimiento de la figura departamental, el abandono de la región como entidad territorial, y el surgimiento de otros discursos de regionalización y de asociación territorial. Enfoques que surgen al vaivén de los gobiernos, los planes de desarrollo, los intereses políticos regionales y electorales y uno que otro movimiento de construcción regional, que siempre decae ante el olvido del Estado centro, pero incluso ante la indiferencia de los mismos actores territoriales regionales.

El departamento no muere en la Asamblea Nacional Constituyente a pesar de su origen artificial, relativamente afrancesado y centralista. Una figura creada para desconcentrar no para descentralizar, por lo menos así se observó desde la Constitución de 1886 y hasta la Constitución Política de 1991. El departamento nació en cuidados intensivos; en cambio, la región tenía vocación de ganadora, una década después de la Constitución de 1991, los papeles se invirtieron: la región inicia su proceso de decaimiento y el departamento inicia el suyo de ascenso. Afirmación que se corrobora con el enfoque anti-región “como entidad territorial” que le ha dado la Nueva Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial o Ley 1454 de 2011, la cual legitima el papel del departamento como, por ahora, único nivel intermedio de gobierno. Sin duda, la nueva LOOT le dio un espaldarazo rotundo al departamento y una muerte a la región como entidad territorial. La Ley 1454 de 2011 apenas tiene una pobre mención de la figura regional, tal como se lee en su artículo 36, así:

Artículo 36. De la Región Territorial. De conformidad con el artículo 307 de la Constitución Política la Región Administrativa y

de Planificación podrá transformarse en Región Entidad Territorial, de acuerdo con las condiciones que fije la ley que para el efecto expida el Congreso de la República.

La anterior afirmación es corroborada por la Corte Constitucional en la Sentencia⁴⁴ que revisó tres cargos por los cuales se demandó la constitucionalidad de la nueva ley orgánica. La Corte, en materia de región como entidad territorial y, citando a las Sentencias C-073 y C-543 de 1996, identifica la figura de la omisión legislativa absoluta, esto es: “cuando existe ausencia total de legislación, no se cuenta con un parámetro normativo para realizar el control y por ende la demanda no procede en este caso porque la Corte carece de competencia para realizarlo”.⁴⁵ Así: “si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta” (Sentencia C-489 de 2012 – cita Sentencia C-543 de 1996).

Por otra parte, desde la Sentencia C- 427 de 2000 la Corte ha establecido que para la prosperidad del cargo por omisión legislativa relativa, es necesario que se cumplan determinados requisitos, que se pueden sintetizar de la siguiente manera: (i) que exista una norma sobre la cual se predica; (ii) que una omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; (iii) que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; (iv) que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y; (v) que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador.⁴⁶

Con estos argumentos la Corte Constitucional se declaró inhibida para fallar con relación a este cargo y exhortó “al Gobierno Nacional y al Congreso

⁴⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia 489 de 2012, M.P. Adriana Guillén.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

de la República para que regule lo concerniente a las regiones como entidades territoriales y expidan el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas”. Si bien la Corte se inhibe, también es cierto que invita a culminar la tarea cuasi constitucional de concretar la figura regional como entidad territorial y a las entidades territoriales indígenas. En diversos pronunciamientos la Corte ha exhortado al legislativo para desarrollar sus tareas constitucionales, no siempre la respuesta ha sido positiva e inmediata.

La historia de la región como entidad territorial no difiere de los casos estudiados en el apartado comparado. Generalmente este nivel ha sufrido dificultades en su proceso de configuración dentro de los Estado unitarios. Para el caso colombiano, llámese región o departamento, la constante es: del abandono a un lento y doloroso proceso de posicionamiento.

La concreción de este propósito constitucional se ve factible sin la supresión del nivel intermedio menor, esto es: los departamentos. Así, la región deber impulsar todas aquellas competencias que no puede hacer la Nación desde su halo centralista y todas aquellas tareas que no puede realizar el departamento sin la alianza permanente y política con sus relativamente homogéneos, una región de estructura flexible que propenda por el desarrollo regional o por la construcción de una descentralización espacial o regional que aún no se ha probado en Colombia.

Muchos críticos de la figura se cuestionan sobre los recursos para soportar otro nivel dentro de la organización del territorial, ¿dónde están los recursos para la creación de un escalón más? Las finanzas territoriales actuales, especialmente el tema de las transferencias intergubernamentales distan —después de las reformas constitucionales dadas en los últimos veinte años— del espíritu inicial y generoso del Constituyente de 1991. Claro está, retrocesos generados en razón de la corrupción de las entidades, pero también, de un centro que se niega a perder el poder, además de los ya enunciados condicionamientos externos que llevaron a invertir la propuesta social del Constituyente en este punto.

En cualquier caso, el desequilibrio territorial es ostensible y clama por una nueva organización del territorio y una verdadera distribución de poder y recursos. Desequilibrios que han sido enunciados por el mismo presidente Juan Manuel Santos en la presentación del Plan de Desarrollo titulado⁴⁷

⁴⁷ Colombia, Departamento Nacional de Planeación, *Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014*.

“Prosperidad para todos”, cuando anota que los mayores rezagos en pobreza son indiscutibles en los departamentos del Chocó, Cauca, Nariño, Guajira, Córdoba, Sucre, Magdalena, Bolívar, Cesar, Amazonas, Vaupés, Vichada, Guaviare, Caquetá y Guanía. Aún en el seno de los mismos departamentos se habla de centralismo y disparidad, por ejemplo, el del sur de Bolívar con relación a Cartagena, el del Urabá antioqueño con relación a Medellín, de los municipios costaneros de todo el Pacífico al de los municipios de la Mojana, de la zona oriental de Boyacá, el nororiente de Casanare, la región del Ariari en el Meta, el sur del Tolima y parte del Huila.⁴⁸ Ni el centralismo ni los esfuerzos quijotescos departamentales son suficientes para derrotar las pesimistas cifras. Tampoco lo son las diversas opciones de asociatividad territorial que trae la nueva LOOT.

Otra lectura de la palabra región está relacionada con el artículo 306 de la Constitución Política o la creación de las Regiones Administrativas y de Planificación (RAP), la cual está conformada por dos o más departamentos, con personería jurídica, autonomía financiera y patrimonio propio, cuya finalidad se orienta al desarrollo regional, la inversión y la competitividad. La ley 1454 de 2011 afirma que estas no podrán generar gastos del presupuesto general de la Nación, ni del Sistema General de Participaciones, ni del Sistema General de Regalías. Estas regiones no precisaban de una ley orgánica para ser desarrolladas, pero en esta normativa de mayor calado (LOOT) les dieron un tratamiento de menor importancia.

Por el contrario, se observan otras regiones —esto es, ni la RAP ni la RET— con más peso y que prometen ser la orientación del presente gobierno y de los que siguen en materia territorial, se trata de las RPG, o de las regiones de planeación y gestión, inspiradas en el artículo 285 constitucional, las cuales, como instancias de asociación de entidades territoriales, deben actuar como bancos de proyectos de inversión estratégicos de impacto regional durante el tiempo de desarrollo y ejecución de los mismos. Estos son los instrumentos encargados de planear y ejecutar la designación de los recursos del Fondo de Desarrollo Regional.

Así, la región, desde la perspectiva administrativa y de planificación, también está en crisis en Colombia. De hecho, los procesos regionales están

⁴⁸ *Ibidem*.

atascados en el país, tal como lo observa Iván Darío Gómez Guzmán⁴⁹ en su escrito sobre la evolución de la regionalización en Colombia:

A través de la historia de Colombia, el enfoque regional en la planeación y la regionalización no ha tenido la importancia y la voluntad política que sí ha tenido en otros países (Gran Bretaña, Francia, Italia y España, por ejemplo). El primer intento gubernamental de conformar regiones para la planificación se realizó durante el gobierno de Carlos Lleras Restrepo (...) en los siguientes gobiernos, lo regional ha sido tratado como un tema marginal en los Planes Nacionales de Desarrollo.⁵⁰

Las propuestas de asociatividad territorial que se leen en la nueva LOOT, si bien audaces e importantes, son insuficientes para impulsar una verdadera regionalización en Colombia. De este modo, la mirada de la región es cortoplacista y estas dependen del guiño y de los recursos que otorgue el Estado central. Una propuesta que para ser efectiva requiere de altas capacidades institucionales por parte de los territorios, para la formulación, evaluación, seguimiento y concreción de proyectos de alto calado territorial.

Así, la región, como entidad territorial, sigue inédita en Colombia y sin una clara vocación de concreción.

5. A manera de conclusión

Los rumbos que ha tomado el modelo territorial colombiano son el reflejo de las tendencias y transformaciones a que están sometidos los Estados unitarios. Dichos Estados están orientados por el principio de la descentralización; pero la cultura, la historia, el criptotipo territorial y la constante constitucional centralista frenan sus procesos de transformación hacia una mayor distribución del poder y de recursos en sus territorios.

Tanto la regionalización como la creación de la región como entidad territorial siguen en ciernes en el Estado colombiano. La nueva normativa orgánica que, en contravía del espíritu de la Constitución Territorial de 1991,

⁴⁹ Gómez Guzmán, Iván Darío, “Las iniciativas de regionalización en Colombia”, en *Análisis Geográficos*, Instituto Colombiano Agustín Codazzi. (n° 39 - 2008), pp. 9 - 36.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 19.

dio una nueva orientación que fragmentará aún más el territorio y afectará el desarrollo del principio de autonomía, además del consabido proceso de recentralización de recursos que se ha impuesto desde el año 2001.

En caso de concretarse la figura regional como entidad territorial dentro del contexto del actual Estado unitario, apenas sería la suma de departamentos y acreedora de las ya limitadas atribuciones que trae el artículo 287 para las entidades territoriales. Así las cosas, es hora de revisar la Constitución Territorial en su título XI y el tema de los recursos consignados en el título XII, evidentemente menguados en los últimos doce años. Sería una reforma constitucional que le dé el estatus constitucional a la región y que posibilite su concreción inmediata; además, de aclarar las reglas del juego en materia de distribución del poder. Las reformas a los códigos, las supuestas modernizaciones del régimen territorial y la fragmentación normativa simplemente reflejan la ausencia de una política territorial en Colombia.

Bibliografía

- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C600 A de 1995, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia 489 de 2012, Magistrada Ponente Adriana Guillén.
- Colombia, Departamento Nacional de Planeación, *Notas sobre el ordenamiento territorial y los proyectos de Ley Orgánica sobre la materia. Documento de Trabajo*, 2007.
- Colombia, Departamento Nacional de Planeación, *Plan Nacional de Desarrollo 2010 - 2014*.
- Colombia, Gaceta del Congreso, Año XII, n° 344 de 23 de julio de 2003.
- Aja, Eliseo. “El Estado autonómico en España a los 25 años de constitución”, en: Pérez Royo, Javier y otros, (eds.) y Terol Becerra, Manuel José y otros (coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas de VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, s. l., Aranzadi., 2006.
- Ares Castro-Conde, Cristina. “La regionalización à la française: El alcance del derecho a la experimentación”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*. No 143, (enero-marzo. 2009,), pp. 31-55.
- Bon, Pierre, “Las recientes reformas territoriales francesas”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n° 22, 2003. pp. 607-621.

- De La Fuente Cabero, M. Inmaculada, *Las regiones en Europa*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.
- D'Oliveira Martins, Alfonso, "La descentralización territorial y la regionalización administrativa en Portugal", en *Cívitas Europa – Revista sobre la evolución de la Nación y el Estado en Europa*, n° 3, 1999, pp. 345 y 362.
- Domínguez García, Fernando, *Las regiones con competencias legislativas. Un estudio comparado de su posición constitucional en sus respectivos Estados y en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- Esteban Campos, Carlos Gustavo, *Devolution y forma de gobierno en Escocia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- Estupiñán Achury, Liliana, *Desequilibrios territoriales. Estudio sobre la descentralización y el Ordenamiento Territorial colombiano. Una mirada desde el nivel intermedio de gobierno*, Doctrina y Ley– Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2012.
- Girón Reguera, Emilia, "La descentralización territorial en Europa", en García Ruíz, José Luis (dir.), *¿Hacia dónde debe orientarse el modelo territorial en Colombia?*, Universidad de Cádiz-Universidad Libre-Junta de Andalucía, Bogotá, 2007.
- Gómez Guzmán, Iván Darío, "Las iniciativas de regionalización en Colombia", en *Análisis Geográficos*, Instituto Colombiano Agustín Codazzi. (n° 39 - 2008), pp. 9 - 36.
- Häberle, Peter. "Comparación constitucional y cultural de los modelos federales" (trad.), *ReDCE*, No. 8 (jul. – dic. 2007), pp. 171-188.
- López Mira, Álvaro Xosé, "La regionalización en Portugal", en: *Revista de las Cortes Generales*. No. 53, 2001, pp. 111-197.
- Navarro Abarzúa, Iván, "Una propuesta para evaluar la regionalización", en *Ecuador Debate*, Quito. No 65, (agosto 2005), pp. 113-135.
- Pegoraro, Lucio y Rinella, Ángelo, *Introducción al Derecho Público Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México D.F., Palestra, 2006.
- Revenga, Miguel, "Las formas de Estado", en: García Ruíz, José Luis (dir.), *¿Hacia dónde debe orientarse el modelo territorial en Colombia?*, Universidad de Cádiz-Universidad Libre-Junta de Andalucía, Bogotá.
- Rodríguez S., Claudia y Ducci V., María Elena, "La descentralización en Chile: el peso de las tradiciones centralistas y autoritarias", en Restrepo I., Darío, *Historias de descentralización. Transformación del régimen político y cambio en el modelo de desarrollo América Latina, Europa y EUA*, Universidad

- Nacional de Colombia, Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá, 2006.
- Véliz, Claudio, *La tradición centralista de América Latina*, Ariel, Barcelona, 1984.
- Vidal Perdomo, Jaime. *La región en la organización territorial del Estado*, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2001.
- Zabala, Cristina, “Revisión constitucional en Francia: La redefinición del modelo de descentralización administrativa”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*. No 72, 2004, pp.163-186.

Territorio y ordenamiento territorial

Posibilidades para la construcción de la región como nivel intermedio de gobierno

Ángel Tuirán Sarmiento*

Así como Colombia no se parece en todo a las demás naciones antiguas y modernas, así también no debe parecerse en todo a sus formas de gobierno; y por tanto no debe ser éste ni absolutamente central ni federal; porque Colombia, según sus costumbres, su localidad y la diseminación de su población participa de caracteres que reclaman una tercera especie de gobierno, que yo atrevería a denominar centro-federal.

Manuel María Quijano, Congreso Admirable, 1830

Sumario

1. Introducción. — 2. El concepto de territorio y su organización en Colombia. — 3. La región en términos de gobierno, importancia del marco normativo. — 4. Conclusiones. — Bibliografía.

1. Introducción

Si bien es cierto que el tema alrededor del cual se ha estructurado este escrito es el de la construcción de la región como nivel intermedio de gobierno en el marco de un modelo de Estado unitario, también lo es que la temática

* Profesor del Departamento de Derecho, Ciencia Política y Gobierno de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte de Barranquilla. Abogado de la Universidad del Atlántico. Máster en Derecho Público con énfasis en Derecho, Administración Pública y Territorio de l'Université Pierre Mèndes France (Grenoble-Francia). Doctorante de l'Université de Grenoble (Francia). Contacto: angelt@uninorte.edu.co

que engloba o dentro de la cual se inscribe el tema de regiones y autonomías es el de la distribución del poder en el territorio.

De ahí que podamos plantear el interrogante de si en el intento de construir la región como nivel intermedio de gobierno, debemos analizar la problemática de la complejidad de la noción de territorio, la importancia de la ordenación del territorio como instrumento de legitimación de las instituciones del Estado y su relación con el marco institucional normativo que reconoce las funciones de gobierno dentro de la estructura territorial del Estado. La intención al poner la reflexión de esta manera es encontrar elementos que nos permitan contribuir al análisis clásico de formas de Estado y descentralización.

Para desarrollar este planteamiento abordaremos en un primer momento el análisis de la importancia del concepto de territorio y la ordenación del mismo (I), para luego examinar la construcción de la Región como instancia de gobierno y el marco institucional normativo que permite o permitiría su desarrollo (II).

2. El concepto de territorio y su organización en Colombia

El elemento territorio es fundamental para la construcción del Estado moderno, pero en cuanto a noción el territorio es de difícil aprehensión, puesto que puede ser objeto de diferentes definiciones. Es decir, “territorio” es por definición una “noción polisémica”, de forma general se define como el espacio que ocupa un individuo o grupo, pero es antes que todo “una construcción que puede ser examinada desde diferentes ángulos (jurídico, sociológico, político, geográfico, físico-afectivo, etc.)”, al mismo tiempo, “fija los límites al interior de los cuales actuamos, o en relación de los cuales nos construimos, bien que esos límites sean de naturaleza psicológica, social, institucional, geográfica o funcionales”.¹

Ahora bien, el territorio del Estado podemos definirlo así mismo “desde el punto de vista jurídico² como el dominio de la validez de un orden jurídico

¹ Froment, Jean-Charles, “Une approche «simplexe» de la réforme territoriale de l'État ou comment emprunter les chemins de l'interterritorialité pour inventer un État multimodal”, en *De la réforme territoriale à la réforme de l'État*. Presses Universitaires de Grenoble, 2011, pp. 11-25.

² Para Kelsen (2005, p. 250) la unidad del territorio resulta únicamente de su carácter de ámbito espacial de validez de un orden jurídico.

estatal”,³ y desde el punto de vista político, el territorio es el espacio donde el grupo humano, llamado nación, ejerce el poder político. Es así que la importancia del territorio radica en que la autoridad estatal, tanto jurídica como política, se ejerce sobre un territorio y que “el solo soberano del territorio es el conjunto de individuos”.⁴

En ese sentido, desde el punto de vista institucional “cuando se asocia con el concepto de Estado el término territorio adquiere la connotación de ‘soberanía’ territorial, mediante la cual un Estado reclama el control exclusivo y legítimo sobre un área circunscrita por fronteras precisas”.⁵ Si, por el contrario, le damos “un sentido más socio-geográfico, el concepto de territorio hace referencia a un espacio social delimitado, ocupado y usado por diferentes grupos sociales, como consecuencia de su práctica de la ‘territorialidad’”, o al campo de poder ejercido sobre el espacio por las instituciones dominantes. Es así que “desde este punto de vista la palabra territorio puede ser usada como equivalente a los conceptos espaciales de Lugar y Región”.⁶

De esta forma, como lo señala Vanier “el Territorio, es un espacio construido y apropiado socialmente al punto de constituir al mismo tiempo: un referente de identidad; un cuadro de regulación y un perímetro para la acción pública del Estado”.⁷ Es decir, el territorio no debe ser entendido de forma unívoca, puesto que es el resultado de la articulación de los elementos antes mencionados.

Es por ello que ordenar u organizar el territorio⁸ con todas las variantes que este comporta constituye para todo Estado un elemento básico de su estructura político-administrativa. La ordenación interna del territorio, la distribución del poder entre los diferentes niveles de gobierno y la relación

³ Allies, Paul, “L’invention du Territoire”, en *Collection «Critique du Droit»* 6. Presses Universitaires de Grenoble, 1980, pp.13-15.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Herrera Ángel, Marta, *Ordenar para controlar: Ordenamiento espacial y control político en las llanuras del Caribe y en los andes centrales neogranadinos, siglo XVIII*. La Carreta Editores, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Bogotá, 2002, p. 27.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Vanier, Martin, *Le pouvoir des territoires. Essai sur l’interterritorialité*. Economica, Anthropos, Paris, 2010, p. 4.

⁸ Entenderemos para los fines de este documento ordenamiento territorial como la organización político-administrativa en el territorio.

entre los entes territoriales y sus habitantes son ejes centrales para el funcionamiento del Estado, puesto que tienen consecuencias no solo en la legalidad de sus instituciones sino, también, en su legitimidad.⁹

En Colombia no existe una sola definición de ordenamiento territorial, pero se pueden identificar diferentes enfoques y aproximaciones. Por ejemplo, se hace referencia al ordenamiento desde la concepción político administrativa del Estado (Forma de Estado-Loot), desde el punto de vista ambiental, desde la perspectiva físico-espacial, así mismo, en varias leyes sectoriales se hace relación a la distribución de competencias y recursos para referirse al ordenamiento territorial.¹⁰

Es así que, frente a la carencia de marco normativo durante veinte años antes de la aprobación de la Ley 1454 de 2011 y dada nuestra realidad territorial, la construcción del ordenamiento territorial en Colombia ha estado ligada a la interpretación de la Corte Constitucional, quien ha desarrollado la teoría jurisprudencial de la “perfecta compatibilidad de la autonomía territorial con la unidad nacional”,¹¹ dando prevalencia al principio de unidad antes que al de autonomía.¹²

Es importante señalar que el principio de autonomía reconocida a los entes territoriales¹³ se constituye en elemento fundamental al momento de situar la región como nivel intermedio de gobierno, puesto que le otorga la capacidad no solo para darse sus propias normas (estatutos) y autoridades, sino también, para gobernar, dirigir, controlar y administrar las instituciones

⁹ Trujillo Muñoz, Augusto, *Democracia y territorio. El ordenamiento territorial entre el derecho y la política*, Siglo del Hombre Editores y Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2007.

¹⁰ Las diferentes definiciones o enfoques del ordenamiento territorial podemos encontrarlas en Ley 99 de 1993, Ley 388 de 1997, Ley 715 de 2001 y Ley 1454 de 2011.

¹¹ Sierra Cadena, Grenfieth, *El juez constitucional: Un actor regulador de las políticas públicas. El caso de la descentralización en Colombia*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p.115.

¹² Con relación al principio de unidad nacional y autonomía de los entes territoriales ver Sentencias: C-216 de 1994, C-497A de 1994, C-471 de 1995, C-506 de 1995, C-539 de 1995, C-600A de 1995 y C-535 de 1996.

¹³ Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1) gobernarse por autoridades propias, 2) ejercer las competencias que les correspondan, 3) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y 4) participar en las rentas nacionales. Constitución Política de Colombia, artículo 287.

del Estado en el contexto regional, a diferencia del principio de unidad que sitúa a los niveles intermedios como meros entes de administración y gestión.

A pesar de ello, y frente a la complejidad no solo de entender la noción polisémica de territorio, sino también de definir el concepto de ordenamiento territorial, ha sido el juez constitucional, como lo señalamos antes, quien ha desarrollado en principio un marco institucional dotando de significados, de contenidos y de fuerza coercitiva nuestro ordenamiento territorial,¹⁴ es así que la Corte Constitucional señaló en Sentencia C- 795 del año dos mil que a través del ordenamiento territorial:

Se trata, ni más ni menos, de definir uno de los aspectos más trascendentes de la vida comunitaria como es su dimensión y proyección espacial.

Pocas materias como esta involucra un mayor número de relaciones y articulaciones entre los miembros de la sociedad y su entorno cultural y natural; también, por esta misma razón, son innumerables y delicadas las tensiones que subyacen a su regulación y los extremos que deben ponderarse y resolverse justa y equilibradamente.

A juicio de la Corte, la estructura territorial del Estado colombiano no es una simple partición del territorio nacional, sino por el contrario obedece a un conjunto de relaciones complejas, en el cual las partes llamadas entidades territoriales interactúan entre sí y con el todo, que es el Estado,¹⁵ entendido así, el territorio se constituye en referente de identidad, es decir, nos definimos en razón del lugar de donde provenimos.

Así mismo, para la Corte Constitucional la función¹⁶ del ordenamiento territorial “comprende una serie de acciones, decisiones y regulaciones, que definen de manera democrática, participativa, racional y planificada, el uso y desarrollo de un determinado espacio físico territorial con arreglo a parámetros

¹⁴ Sierra Cadena, Grenfieth, *op. cit.*

¹⁵ Devia, Sandra, “La descentralización en Colombia un reto permanente”, en *Revista virtual de la información básica* IB, 2006, en http://www.dane.gov.co/revista_ib/html_r2/articulo6_r2.htm, recuperado el diez de agosto de 2012.

¹⁶ Entendemos función como acción o tarea que corresponde realizar a una persona, órgano, entidad o institución.

y orientaciones de orden demográfico, urbanístico, rural, ecológico, biofísico, sociológico, económico y cultural”.¹⁷

Recientemente, con la aprobación de la Ley 1454 de 2011 o Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT), que se constituye en el marco institucional normativo, se ha definido el concepto y finalidad del ordenamiento territorial en Colombia en los siguientes términos:

El ordenamiento territorial es un instrumento de planificación y de gestión de las entidades territoriales y un proceso de construcción colectiva de país, que se da de manera progresiva, gradual y flexible, con responsabilidad fiscal, tendiente a lograr una adecuada organización político administrativa del Estado en el territorio, para facilitar el desarrollo institucional, el fortalecimiento de la identidad cultural y el desarrollo territorial, entendido este como desarrollo económicamente competitivo, socialmente justo, ambientalmente y fiscalmente sostenible, regionalmente armónico, culturalmente pertinente, atendiendo a la diversidad cultural y físico-geográfica de Colombia. La finalidad del ordenamiento territorial es promover el aumento de la capacidad de descentralización, planeación, gestión y administración de sus propios intereses para las entidades e instancias de integración territorial, fomentará el traslado de competencias y poder de decisión de los órganos centrales o descentralizados del gobierno en el orden nacional hacia el nivel territorial pertinente, con la correspondiente asignación de recursos. El ordenamiento territorial propiciará las condiciones para concertar políticas públicas entre la Nación y las entidades territoriales, con reconocimiento de la diversidad geográfica, histórica, económica, ambiental, étnica y cultural e identidad regional y nacional.¹⁸

De esta forma, tanto la jurisprudencia constitucional como la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial comparten un propósito común privilegiando el entendido de planificación, administración y gestión cuando se

¹⁷ Para un análisis detallado de las consideraciones de la Corte Constitucional sobre este punto ver Sentencia C-795 del año 2000.

¹⁸ Colombia, Congreso de la República, Ley 1454 de 2011, artículo 2º.

trata de dotar de contenido el concepto de “ordenamiento territorial”. Si bien es cierto que jurisprudencia y ley como marcos institucionales son recursos importantes en la construcción de los diferentes niveles de gobierno y en el dominio de la organización territorial del Estado colombiano, en lo que se refiere a la región parecen no ofrecer elementos para su desarrollo como nivel de gobierno.

3. La región en términos de gobierno, importancia del marco normativo

Pese a que el Estado nación como institución jurídico-política establecida por la sociedad y producto de la modernidad implicó la centralización del poder, por diferentes razones este ha sido clasificado según la distribución territorial del poder público en dos formas o modelos clásicos, esto es, el Estado unitario y el Estado federal. El estudio de las formas de Estado se ha centrado básicamente en estos dos modelos, abriendo la posibilidad en el último tiempo a otras formas que parten del reconocimiento de la región como nivel intermedio de gobierno, a estas formas de Estado se le ha dado el nombre de autonómico o regional.

Para Ribó y Pastor¹⁹ las motivaciones que llevan a plantear la distribución territorial del poder son tres que pueden ser a) de índole técnico administrativas, b) de carácter democrático y c) histórico-políticas. En el caso colombiano, para replantear la distribución territorial del poder en el pacto constitucional de 1991 se expusieron razones tanto de carácter democrático, como histórico-políticas y administrativas, el objetivo era acercar las decisiones políticas a la ciudadanía, otorgarles personalidad política a las entidades territoriales en el marco del Estado nación y por último establecer el marco de competencias entre los diferentes niveles de gobierno. El resultado fue una forma de Estado unitario con vocación regional que diese respuesta a la complejidad de la administración del Estado contemporáneo, a través de la distribución del poder en el territorio.

Siguiendo a Boisier, la “región” es “un territorio organizado que contiene, en términos reales o en términos potenciales, los factores de su propio desarrollo, con total independencia de la escala”. En ese sentido, el mismo autor señala

¹⁹ Ribó, Rafael, y Pastor, Jaime, “La estructura territorial del Estado”, en Caminal Badía, Miquel (coord). *Manual de Ciencia Política*. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 451-469.

que “podrán existir regiones grandes o pequeñas, *de facto* o *de jure*, con continuidad espacial o con discontinuidad en la virtualidad del mundo actual”.²⁰

La región como nivel intermedio de gobierno; es decir, el término “regional” como nivel intermedio de la organización territorial, nos lleva entonces a plantearnos en el contexto colombiano si la región como territorio organizado y reconocido institucionalmente puede desarrollar la actividad de gobierno y constituirse además del nivel nacional que conserva el poder constitutivo único,²¹ como unidad política dotada de una autonomía para dirigir, controlar y administrar instituciones tanto propias como del Estado.

En palabras de Fougrouse, el término “regional” nos envía a un nivel particular de la organización territorial. Lo que caracteriza a los Estados regionales es el hecho de que, además del nivel central y del nivel local, existen unidades políticas territoriales autónomas con instituciones propias, que son producto de la descentralización política y a la vez están dotadas de una autonomía territorial. Estas unidades se definen por el hecho de tener una autonomía política que se materializa en la democracia regional y que les permite como entes territoriales cumplir con funciones de gobierno, es decir, desarrollar actividades de dirección política de sus habitantes, sus instituciones y de las instituciones del Estado que se encuentran en el nivel regional.

En el caso colombiano las regiones como entes territoriales son de creación legal y no constitucional, situación que les da una garantía de existencia menor a los otros entes territoriales de creación constitucional.²² Es así que para analizar la posibilidad de la región como nivel intermedio de gobierno debemos remitirnos una vez más a su marco institucional normativo, es de-

²⁰ Boisier, Sergio, “Desarrollo (Local): ¿De qué estamos hablando?”, en Vázquez Barquero, A. y Madoery, O. (comp.), *Transformaciones globales, instituciones y políticas de desarrollo local*, Homo Sapiens, Rosario, 2001, p. 7.

²¹ Fougrouse, Jean, *L'Etat régional, une nouvelle forme d'Etat ? Un exemple de recomposition territoriale en Europe et en France*, Editions Bruylant, Bruselas, 2008.

²² “Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley”, artículo 286 Constitución política de Colombia.

cir, a la recién aprobada LOOT que desarrolla los artículos 306²³ y 307²⁴ de la Constitución Nacional.

Con relación al tema regional, en la citada y esperada Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial la materialización de la región como entidad territorial (RET) que permitiese la construcción de la región como nivel intermedio de gobierno, no encuentra ninguna posibilidad. La Región Entidad Territorial sigue sin un reconocimiento o marco normativo que permita su desarrollo, al punto que la Ley 1454 de 2011 en su artículo 36° señala que “De conformidad con el artículo 307 de la Constitución Política la Región Administrativa y de Planificación podrá transformarse en Región Entidad Territorial, de acuerdo con las condiciones que fije la ley que para el efecto expida el Congreso de la República”. Al parecer el propósito tanto del poder ejecutivo como del legislador fue diferir la construcción de la región como nivel intermedio de gobierno hasta la aprobación de un nuevo marco normativo.

Por el contrario, en este marco normativo (LOOT) se crean los Esquemas Asociativos Territoriales, que hacen mención al concepto región pero en el entendido de Regiones Administrativas y de Planificación (RAP) y Regiones de Planeación y Gestión (RPG), entregándole la tarea de la promoción de estos esquemas al Estado:

El Estado promoverá procesos asociativos entre entidades territoriales para la libre y voluntaria conformación de alianzas estratégicas que impulsen el desarrollo autónomo y auto-sostenible de las comunidades.

La definición de políticas y modos de gestión regional y subregional no estará limitada a la adición de entidades de planeación y gestión e incluirá alternativas flexibles.

²³ “Dos o más departamentos podrán constituirse en regiones administrativas y de planificación, con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio. Su objeto principal será el desarrollo económico y social del respectivo territorio”.

²⁴ “La respectiva ley orgánica, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial, establecerá las condiciones para solicitar la conversión de la Región en entidad territorial. La decisión tomada por el Congreso se someterá en cada caso a referendo de los ciudadanos de los departamentos interesados.

La misma ley establecerá las atribuciones, los órganos de administración, y los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías. Igualmente definirá los principios para la adopción del estatuto especial de cada región”.

Igualmente, el Estado promoverá procesos asociativos entre entidades territoriales nacionales y las de países vecinos y fronterizos tendientes a la conformación de alianzas estratégicas que promuevan el desarrollo social, económico y cultural.

El Gobierno Nacional promoverá la conformación de esquemas asociativos a través de incentivos a las regiones administrativas y de planificación, regiones de planeación y gestión, provincias administrativas y de planificación, áreas metropolitanas y entidades territoriales económicamente desarrolladas, para que se asocien con las más débiles, a fin de hacer efectivos los principios de solidaridad, equidad territorial, equidad social, sostenibilidad ambiental y equilibrio territorial (...).²⁵

Así mismo, en la citada ley se plantea la posibilidad de que el nivel central (la Nación) realice contratos o convenios con las entidades territoriales para llevar a cabo proyectos de desarrollo territorial,²⁶ en un principio podría pensarse que esta figura del contrato plan, utilizada en Francia (que presenta realidades y problemáticas diferentes a la estructura territorial del Estado colombiano) para ayudar a desarrollar y estructurar las regiones como niveles intermedios de administración, fue introducido en nuestro marco institucional con el mismo propósito, es decir, permitirles a las regiones en un primer momento asumir ciertas responsabilidades de manera convenida o pactada con el nivel central, pero que les permitiese luego de un periodo de “maduración” asumir competencias de manera autónoma.

Luego de un análisis breve de la figura del contrato plan consagrada en la LOOT se evidencia que constituye, como en otras ocasiones, no solo una copia inexacta de una figura utilizada en el proceso de construcción regional francés, sino que no aporta ningún elemento que permita el desarrollo del nivel regional. En el caso francés la figura del contrato plan fue utilizada para responder a las necesidades de las regiones y corregir las desigualdades del desarrollo regional,²⁷ para ello, el Estado contrataba con las regiones por

²⁵ Colombia, Congreso de la República, Ley 1454 de 2011, artículo 9°.

²⁶ Colombia, Congreso de la República, Ley 1454 de 2011, artículo 18.

²⁷ En el caso francés las regiones fueron creadas antes de la implementación de los contratos plan.

periodos de cinco años la ejecución de proyectos en materia de carreteras, ayuda a las pymes, universidades, investigación, turismo y medio ambiente.²⁸

En Colombia, por el contrario, la figura del contrato plan es utilizada de forma amplia y abstracta, de este modo el nivel central puede contratar con cualquier entidad territorial o esquema asociativo siempre y cuando el proyecto a ejecutar sea catalogado de “desarrollo territorial” o esté incluido como programa del Plan Nacional de Desarrollo. Es así que estas amplitud y abstracción en la utilización de los llamados contratos o convenios plan pueden, antes que favorecer la construcción del nivel regional, incentivar asociaciones desequilibradas entre entes territoriales, dando como resultado una suerte de “canibalismo territorial” en beneficio de aquellos entes territoriales con mayor fortaleza institucional.

En resumen, lo que se desprende del análisis de la recién aprobada LOOT es la intención de mantener un Estado fuertemente centralizado, utilizando como instrumentos de la territorialización de la acción pública estatal los esquemas asociativos de gestión y administración y los convenios o contratos plan que permiten al nivel central mantener un control jerárquico, tanto en las actividades de gobierno como en la distribución de los ingresos corrientes de la Nación al momento de implementar las políticas públicas en la geografía nacional.

En resumen, la Constitución Nacional como marco institucional propone una estructura de Estado descentralizado con una vocación regional, pero el propósito del marco institucional normativo consagrado en la LOOT es el de implementar un ordenamiento territorial con una autonomía controlada en cuanto al tema regional se refiere, es decir, la imposición por parte del Estado de límites al desarrollo de la región como entidad territorial con instituciones propias y capacidad para desarrollar actividades de dirección política, en últimas, la negación de la región como nivel intermedio de gobierno.

4. Conclusiones

El territorio es un espacio socio-geográfico donde confluyen elementos de orden físico, político, jurídico, económico y humano, siendo la interacción e integración de estos elementos lo que determina la unidad y ordenación territorial. El reconocimiento de la región como territorio organizado con su

²⁸ Martinat, Patrick, *Les Régions: Clefs de la décentralisation*, Lextenso Éditions, París, 2010.

propia institucionalidad y capaz de asumir competencias tanto políticas como administrativas se materializa no con la aprobación de un marco normativo en sentido amplio, sino en la medida en que se reconoce su realidad interna y se constituye en destinataria del poder político. Es así que, como nivel intermedio de gobierno, la región no puede ser el producto de una distribución arbitraria y artificial del poder en el territorio.

La Constitución Política como marco institucional normativo establece una estructura territorial del Estado colombiano que incluye a la región como nivel intermedio de gobierno o entidad territorial, pero se condicionó su creación a una futura aprobación legal (LOOT). Este condicionamiento enmarcado en la tradición centralista de nuestro Estado han dado como resultado una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial que aplaza el asunto región e introduce figuras asociativas contrarias a principios básicos de la estructura territorial del Estado colombiano como son la descentralización y la autonomía.

El fortalecimiento de niveles de gobiernos locales y regionales, a través del reconocimiento de competencias en asuntos políticos, económicos y administrativos, del respeto a sus recursos, de la promoción de la participación política, no produce los efectos esperados a menos que dicho proceso tenga en cuenta principios como descentralización y autonomía, así mismo, se debe tener en cuenta la consolidación de las condiciones fácticas, de tipo social, político y económico que permiten dicho fortalecimiento.²⁹ Se trata entonces de un proceso que se desarrolla al mismo tiempo, y no de forma escalonada, en donde los objetivos recursos, descentralización, autonomía, regalías, regionalización, participación y desarrollo se construyen de manera conjunta a través de la interacción recíproca y exitosa entre ellos.

De tal forma que frente a la imposibilidad de construir el edificio institucional en lo que se refiere a ordenamiento territorial de manera escalonada, como lo hicieron otras sociedades, nos vemos en la obligación de construir todos los pisos de la estructura territorial del Estado al mismo tiempo.³⁰ Es esa doble tarea o doble desafío lo que complejiza el asunto, al intentar por un lado alcanzar lo que otras sociedades lograron en la modernidad, una forma de Estado que reconoce las realidades y diferencias internas, estableciendo

²⁹ García Villegas, Mauricio, García Sánchez, Miguel, Rodríguez Raga, Juan, *et al.*, *Los estados del país: Instituciones municipales y realidades locales*. Colección Dejusticia, Bogotá, 2011.

³⁰ *Ibidem*.

relaciones equilibradas y justas entre centro y periferia, al tiempo que debemos enfrentar en el contexto local el más duro centralismo y fenómenos contemporáneos como la mundialización o la globalización.

Bibliografía

- Colombia, Constitución Política.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 99 de 1993, Ley 388 de 1997, Ley 715 de 2001, Ley 1454 de 2011
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencias: C-216 de 1994, C-497A de 1994, C-471 de 1995, C-506 de 1995, C-539 de 1995, C-535 de 1996, C-795 de 2000.
- Allies, Paul, “L’invention du Territoire”, en *Collection «Critique du Droit» 6. Presses Universitaires de Grenoble*, 1980.
- Boisier, Sergio, “Desarrollo (Local): ¿De qué estamos hablando?”, en Vázquez Barquero, A. y Madoery, O. (comp.), *Transformaciones globales, Instituciones y Políticas de desarrollo local*, Homo Sapiens, Rosario, 2001.
- Devia, Sandra, “La descentralización en Colombia un reto permanente”, en *Revista de la información básica IB*, revista virtual, 2006, en http://www.dane.gov.co/revista_ib/html_r2/articulo6_r2.htm recuperado el diez de agosto de 2012.
- Fougerouse, Jean, *L’Etat régional, une nouvelle forme d’Etat ? Un exemple de recomposition territoriale en Europe et en France*. Editions Bruylant, Bruselas, 2008.
- Froment, Jean-Charles, “Une approche «simplexe» de la réforme territoriale de l’État ou comment emprunter les chemins de l’interterritorialité pour inventer un État multimodal”, en *De la réforme territoriale à la réforme de l’État*. Presses universitaires de Grenoble, 2011, pp. 11-25.
- García Villegas, Mauricio, García Sánchez, Miguel, Rodríguez Raga, Juan, Revelo Rebolledo, Javier, y Espinosa Restrepo, José, *Los estados del país: Instituciones municipales y realidades locales*, Colección Dejusticia, Bogotá, 2011.
- Herrera Ángel, Marta, *Ordenar para controlar: Ordenamiento espacial y control político en las llanuras del caribe y en los andes centrales neogranadinos, siglo XVIII*. La Carreta editores, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Bogotá, 2002.
- Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*. Ediciones Coyoacán, México D.F., 2005.
- Martinat, Patrick, *Les Régions: Clefs de la décentralisation*, Lextenso Éditions, París, 2010.

- Ribó, Rafael, y Pastor, Jaime, “La estructura territorial del Estado”, en Caminal Badía, Miquel (coord), *Manual de Ciencia Política*. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 451-469.
- Sierra Cadena, Grenfieth, *El juez constitucional: Un actor regulador de las políticas públicas. El caso de la descentralización en Colombia*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.
- Trujillo Muñoz, Augusto, *Democracia y territorio. El ordenamiento territorial entre el derecho y la política*, Siglo del Hombre Editores y Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2007.
- Vanier, Martin, *Le pouvoir des territoires. Essai sur l'interterritorialité*. Economica, Anthropos, Paris, 2010.

Balance del desarrollo territorial en Colombia: éxitos y frustraciones. La experiencia de la Región Caribe

Álvaro Lastra Jiménez*

Sumario

1. Introducción. — 2. La cuestión del modelo territorial. — 3. La obligada reformulación de la estructura territorial del Estado. — 4. Los vientos del exterior — 5. El centralismo hace agua. — 6. Conclusión. — Bibliografía.

1. Introducción

Mirar a las regiones es verlas ultrajadas, moral y materialmente. Normalmente se les mira en sus atributos físicos y culturales, para devorarlas, para aprovecharse de ellas: sus incomparables playas, sus recursos naturales no renovables, su festival vallenato, la carne llanera, el carnaval de negros y blancos de Pasto, etc. Pero casi nunca se les mira en su ser, en lo que ellas son, en su identidad y entidad ontológica, en lo que a ellas las hace felices, nunca se evalúa sobre si sus derechos están siendo respetados o no, siempre, siempre, es el criterio del nivel central del Estado el único que cuenta; a nuestras regiones se les pone sordina y cuando gritan mucho, se les divide internamente para silenciarlas. De esta manera se perpetúa el sometimiento y sufre la libertad política de unos ciudadanos ya mayores de edad, cuyo pecado consiste en vivir en la periferia. Vivimos una especie de colonialismo endógeno.

Y ahora que muchos quieren pedir la palabra es como darle la palabra a las regiones. Es como estar dispuestos a reconocerlas, por primera vez. Ya lo

* Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Navarra, España.

había hecho la Constitución de 1991, pero solo a nivel de principio teórico, no de norma vinculante. El centralismo político se mantuvo. En materia territorial, del Constituyente del 91 salió un nuevo rostro con un mismo esqueleto.

Y para hacer uso de esa palabra, que se nos da a las regiones, lo primero que hay que decir es que no ha habido proceso de construcción regional en Colombia. Del mismo modo como se requiere de licencia para construir un edificio, también se requiere de licencia para construir región, en términos institucionales. Es obvio que los poderes públicos competentes del Estado (Gobierno y Congreso) no han expedido esa licencia. En la última década perdida el pensamiento que nos presidió del presidente Álvaro Uribe fue el siguiente, expresado en la 45 Asamblea General de Gobernadores en Valledupar, el 24 de noviembre de 2006:

Y el tema de las regiones. He repetido durante muchos años que la creación de la figura de regiones de la Constitución del 91 no es afortunada, porque implica un andamiaje burocrático y un centro de costos adicional a los que tenemos (...). Aquí no necesitamos más costos y más estructuras burocráticas, sino posibilidades de ser más eficientes en la aplicación de los recursos.

Miremos nuevamente un proyecto de ordenamiento territorial. Los conocidos de aquí hacia atrás han sido intrascendentes. Cuando se han ahogado, nada se ha perdido. Yo creería que el país tiene una ilusión sobre el ordenamiento territorial, y los textos que finalmente no se han aprobado no habrían sino traído frustraciones. Yo hasta ahora no le he encontrado el fondo a la necesidad de esa norma de ordenamiento territorial.¹

Y en la pasada campaña presidencial, el entonces candidato a Presidente Santos dijo:

Esos dos millones y medio de votos, depositados en la consulta del Voto Caribe son un mandato muy importante que tenemos que escuchar todos los colombianos. Mi aspiración es que el 7 de agosto (el día de la posesión) podamos presentar en el Congreso la ley de

¹ Uribe Vélez, Álvaro, 45 Asamblea General de Gobernadores, Valledupar, 24 de noviembre de 2006.

ordenamiento territorial que le dé autonomía a la Región. Los gobernadores y alcaldes del Caribe deben ayudarnos en la redacción de ese proyecto. Debemos discutir qué recursos se necesitan para hacerla realidad y cómo se aumentan dichos recursos, porque de eso se trata.²

Es esta la más grande frustración que podemos registrar, porque evidentemente contamos ya con todos los materiales para la construcción y la voluntad decidida de las regiones para trabajar en este sentido. Y todo porque la Constitución al hablar de autonomía la ubica al nivel de principio constitucional, no con la categoría de valor ni de norma, que pueda ser aplicable (dinero en efectivo), sino de algo así como la casa en el aire del Maestro Escalona, inalcanzable, intocable, inaplicable; más la LOOT, recientemente aprobada, sin duda, es un monumento a la falta de respeto histórico a las regiones: al decir de Amylkar Acosta, es “inicua, inocua y vacua”.³

Sin embargo, sí ha habido avances importantes en otros frentes y quiero señalar los que, a mi juicio, han sido los más significativos: la exitosa experiencia plebiscitaria del Voto Caribe y la reciente exhortación de la Corte Constitucional al Gobierno y al Congreso para que desarrollen los preceptos del Constituyente, es decir, para que la casa que está en el aire baje a la tierra. En efecto, el Voto Caribe fueron 2,5 millones de votos exigiendo región y exigiendo autonomía, al amparo de la Constitución, pero ahora el Estado los pretende escamotear.

Por eso felicitamos a la honorable Corte Constitucional por su reciente fallo, y le solicito —y es lo que esperan las regiones— que lo haga respetar, que a pesar de haber pasado desapercibida por la opinión pública la Sentencia C-489 de 2012, le dé el valor que tiene, un valor, en mi concepto, equivalente al de la séptima papeleta, y lo constituya en el último campanazo de alerta o advertencia al Estado, de que, si no procede a cumplir con su deber —como lo dice la propia decisión judicial— no haya lugar a la burla y la misma Corte Constitucional, en su próximo pronunciamiento sobre el tema, abiertamente exija al Gobierno y al Congreso dar los pasos necesarios para la conformación de una Asamblea Nacional Constitucional con muy precisas facultades constituyentes, con la misión de cumplir con los

² Santos, Juan Manuel, Colombia, en <http://www.pensamientocolombia.org/DOGO/?p=18541>.

³ Acosta Medina, Amylkar, “¿Hasta cuándo?”, 14 de marzo de 2011.

mandatos de la Constitución. En otras palabras, que si el Estado no cumple con la tarea que le impone la Constitución, de seguir unas directrices muy precisas en materia territorial, la Corte Constitucional le dé la palabra —no ya a las regiones, como ahora, sino— al propio Constituyente para que acabe su obra. A nuestro juicio es la interpretación más constitucional que podría hacer la institución guardiana de la Carta.

2. La cuestión del modelo territorial

En una ponencia presentada en la Universidad del Rosario titulada “Las tendencias autonómicas en el Caribe Colombiano” sostuvimos que el modelo francés constituía un paradigma para Colombia, en particular por lo que el régimen de la Constitución francesa le permite a los territorios de ultramar, y tomamos como ejemplo el caso de la Polinesia.⁴ Un régimen en donde no existe formalmente la autonomía regional, desde el punto de vista constitucional, como en España y en Italia, pero que de hecho el propio ordenamiento jurídico la permite, dándole amplias facultades a las autoridades regionales para acoger o abstenerse de acoger las disposiciones que rigen el modelo centralista francés; es una autonomía que se da por la vía administrativa, pero que políticamente produce los mismos efectos que la otra de rango constitucional.

Convencidos como estábamos de que este era el mejor modelo para aplicar en Colombia, un país tradicionalmente centralista como Francia y con regiones que reclaman la autonomía, como en el caso de la región caribe, fue por lo que apoyamos los términos del proyecto de ley que elaboraron los gobernadores de la región caribe y que fue presentado en los mismos comienzos del gobierno del Presidente Juan Manuel Santos con destino a la definición de lo que podría ser una ley de ordenamiento territorial. Ese proyecto, sin embargo, cayó en saco roto dado que el Ministro del Interior Germán Vargas Lleras se opuso rotundamente a una ley orgánica de ordenamiento territorial que desarrollara todas las promesas de la Constitución en materia de regionalización; lo que se aprobó tras veinte años de espera fue un verdadero “parto de los montes”.

⁴ Lastra Jiménez, Álvaro, “Las tendencias autonómicas en el Caribe colombiano, El principio constitucional de autonomía territorial, realidad y experiencias comparadas”, Ponencia, Universidad del Rosario, 2010.

Definitivamente en el nivel central no entendieron los reclamos de una autonomía moderada similar a las de las regiones especiales francesas y esta actitud del nivel central del Estado colombiano lo asumimos como un obstáculo definitivo para lograr algún tipo de avance en materia de autonomía política y territorial, pues no importaron ni siquiera los 2,5 millones de votos del Voto Caribe, un hecho que se constituyó en un verdadero plebiscito a favor de la constitución de las regiones dotadas de autonomía.

Toda esta circunstancia por obligación nos ha llevado a replantear o a reformular nuestra postura sobre lo que inicialmente teníamos pensado respecto al modelo territorial que más se ajustaba a la realidad colombiana.

3. La obligada reformulación de la estructura territorial del Estado

Como quiera que la estructura políticamente centralizada no permite vislumbrar esquemas viables de descentralización y de autonomía política y que nuevos esfuerzos en este sentido serían vistos como un desgaste, se torna obligada una necesaria reestructuración del Estado colombiano en materia territorial. En efecto, es imperioso el diseño de un Estado de autonomías regionales para que los entes territoriales menores tengan alguna posibilidad real de descentralización. Es necesario mirar los casos de Italia y España, que son los países donde más se ha desarrollado el modelo de autonomías regionales.

Algunos críticos lo desaconsejan pretendiendo endilgarle al esquema territorial de estos dos países europeos su actual crisis económica, pero todos sabemos que la misma procede de circunstancias económicas, particularmente del elevado nivel de endeudamiento. La autonomía, lejos de ser un problema, en muchos casos es la solución. Ahí está el caso de los Estados Unidos de América que, no obstante, su crisis económica, con las mismas características de la europea, el país ha podido salir adelante y los Estados federados conservar su autonomía y su fortaleza.

En este sentido puede afirmarse que Colombia está abocada a enfrentar un proceso constituyente que le abra paso al reconocimiento jurídico y político de sus regiones naturales.⁵

Para ello es importante que la discusión del tema salga de los escenarios académicos, que hasta ahora han resultado ser poco eficaces, pues, si bien es

⁵ Castro, Jaime, "Constituyente o referendo para superar la crisis", *El Tiempo*, 18 de julio de 2012.

cierto que arrojan luces, estas no llegan a las instancias de decisión; hay que elevar la discusión a una dimensión política electoral, pues en definitiva en este debate estamos hablando de la distribución del poder, del poder territorial.

4. Los vientos del exterior

En momentos en que la región caribe y las otras regiones colombianas comienzan a reaccionar con más firmeza, esto es, pasando de la discusión meramente académica a una discusión de carácter político, con los vientos que soplan desde el exterior esta resulta ser más bien favorable, toda vez que, zanzados por la crisis económica mundial, en algunos países como España, por ejemplo, en lugar de plantearse un retroceso, una vuelta hacia el centralismo, lo que están buscando, como una salida a la crisis, consiste en tornar aún más claro el esquema territorial y pasar de un Estado de autonomías regionales a otro de carácter federal, como condición para mantener unificado el Estado.

En efecto, tal es el caso de la Región de Cataluña (considerada una “nacionalidad periférica”) que, presionada por las exigencias del gobierno central de reducir sus gastos de manera considerable en el área social, como condición para ser “salvada”, ha dado respuesta categórica: o federalismo o independencia. Ciertamente los catalanes no se sienten españoles pero al mismo tiempo hay un grueso de la población catalana y española que considera que tal independencia no es viable, entre otras razones porque ello implicaría, por una parte, el bloqueo económico del hipotético Estado catalán, por cuanto con el solo veto de España tendría cerradas las puertas de la Unión Europea y, por el otro lado, una hipotética independencia de Cataluña podría generar un efecto dominó en el resto de España, en el sentido de que tras esta también podrían intentar la separación el País Vasco, Galicia, Navarra, Andalucía, las Islas Canarias, y todo esto podría representar la desintegración total del Estado español.

De tal suerte que, ante semejantes peligros para ambas partes, seguramente la solución que se impondrá será una fórmula intermedia, es decir, el federalismo, de manera tal que Cataluña permanezca dentro del Estado español pero con un ámbito de autonomía al cien por cien, igual que los estados federados de la Unión Americana.⁶

⁶ Chust, Manuel, *Federalismo y cuestión federal en España*, Universitat Jaume I, Edición III Serie, Barcelona 2004.

Estos vientos que vienen del exterior sin duda serán un refuerzo para los reclamos autonomistas que empiezan a darse en Colombia ya en el plano político. Estas fueron las mismas tensiones que vivió Colombia durante casi todo el siglo XIX y parte del XX —por la lucha entre centralistas y federalistas— y que infortunadamente al día de hoy no ha podido resolver, no obstante los ciento cinco años de centralismo político que generó la Constitución de Rafael Núñez y sus terribles consecuencias en materia de desigualdad en la distribución de la riqueza nacional, donde unas regiones privilegiadas cercanas al centro han salido favorecidas en detrimento de otras que han sufrido el atraso y la pobreza de la periferia.

Es de esperar que las diferencias de hoy se tramiten de una manera no violenta, a través de procedimientos democráticos, que creen las condiciones aptas para el post-conflicto, es decir, para la etapa sucesiva a la superación del conflicto armado. Para no caer nuevamente en situaciones de crisis se requiere desde ya de un Estado moderno,⁷ caracterizado por una descentralización política efectiva, la cual deberá traducirse en unas autonomías regionales con competencias y recursos suficientes para ponerle fin a la dependencia política y administrativa del centro y permita a las regiones tomar sus propias decisiones, auto-gobernarse, en todos aquellos asuntos que no correspondan a la naturaleza del resorte del nivel central.

5. El centralismo hace agua

De la misma manera como las nubes se derraman por la cantidad de agua que absorben del mar, de esa misma manera hace agua el sistema centralista al pretender absorber todas las competencias que le son propias y también de aquellas que le son impropias. Al nivel central del Estado colombiano no le basta con manejar el 89% del Presupuesto General de la Nación sino que además pretende arrebatarle a las entidades territoriales las pocas funciones que le corresponden, tal es el caso del maltrato de que es objeto el Distrito Capital de Bogotá, al que se le nombra un alcalde paralelo con rango de Ministro Consejero, e igual ocurre con las otras regiones, a las que, con motivo de la crisis humanitaria derivada del invierno, se les nombran “ministros padrinos”.

Simultáneamente a esta concentración de competencias también se registra un fenómeno curioso de concentración de recursos, en la medida en

⁷ Verano de la Rosa, Eduardo, *El Tiempo*, 10 de octubre de 2012.

que según los mismos datos oficiales la ejecución del Presupuesto Nacional vigencia 2012 solo refleja una ejecución de menos del 50% en cada uno de los rubros⁸ y todo por culpa de la tramitología que el mismo nivel central ha establecido, dizque para evitar la corrupción. Consecuencia de ello es que tenemos un Estado atorado que no es capaz de digerir hacia abajo todos los recursos de que dispone; un Estado macrocefálico, con una cabeza enorme, monstruosa y un cuerpo raquítico. Se trata de un Estado colapsado, territorialmente frustrado y que, si pretende tener alguna posibilidad de éxito, necesariamente tendrá que abrirse a las reformas y a los cambios que el pueblo le está demandando.

6. Conclusión

Colombia no puede darse el lujo de seguir transitando en la dirección que va en materia de organización territorial. Los modelos de ordenamiento territorial no son estáticos, son flexibles, no cuantificables, son indeterminados. En todos los países del mundo es constante la dinámica que lleva a una transformación permanente de su organización territorial y son muy variados los ejemplos que podríamos citar aparte del de España, ya citado, como el caso de Hong Kong, que adoptó un modelo denominado “un Estado y dos sistemas”, o el matizado federalismo alemán, denominado federalismo cooperativo, o el caso actual de la relación entre Inglaterra y Escocia, que en los próximos días será sometida a referéndum para establecer si Escocia se independiza de Inglaterra o si continúa ligada al Reino Unido;⁹ sin embargo, parece que triunfará el no por la independencia, dado que los ciudadanos escoceses se sienten muy cómodos con el amplio nivel de autonomía del que gozan. Pero, en todo caso, todo esto indica la importancia del tema en aquellos países y los ajustes y revisiones permanentes a los que son sometidos sus sistemas de organización territorial. Por ello, no tiene sentido que Colombia se cierre a la posibilidad de avanzar en una posible y necesaria y obligada reestructuración de su Estado, en particular en el ámbito de su precaria organización territorial que indudablemente está lejos de responder a las exigencias y condiciones para su desarrollo económico y social con justicia y equidad. Aquí nos identificamos

⁸ Vargas, Mauricio, “El paquidermo dormido”, *El Tiempo*, 28 de octubre de 2012.

⁹ “Londres y Edimburgo firman pacto para el referéndum de independencia de Escocia”. Europa-press, Internacional, 15 de octubre de 2012.

con Liliana Estupiñán cuando señala que “la mutación del modelo unitario y un lento viraje hacia un modelo más descentralizado y acorde con la geografía y la diversidad nacional, bien puede contribuir a la culminación de la tarea, esto es, a la consolidación del inacabado e incipiente Estado nacional”.¹⁰

Bibliografía

- Estupiñán, Liliana, *Desequilibrios Territoriales, Doctrina y Ley*, —Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2012.
- Castro, Jaime, “Constituyente o Referendo para superar la crisis”, *El Tiempo*, julio 18 de 2012.
- Chust, Manuel, *Federalismo y cuestión federal en España*, Universitat Jaume I, Edición III Serie, Barcelona, 2004.
- Lastra Jiménez, Álvaro, “Las tendencias autonómicas en el Caribe colombiano. El principio constitucional de autonomía territorial, realidad y experiencias comparadas”, Ponencia, Universidad del Rosario, 2010.
- Vargas, Mauricio, “El paquidermo dormido”, *El Tiempo*, 28 de octubre de 2012.
- Verano de la Rosa, Eduardo, *El Tiempo*, 10 de octubre de 2012.

¹⁰ Estupiñán, Liliana, *Desequilibrios Territoriales, Doctrina y Ley*— Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2012, p. 308.

Cuarta parte

Pluralismo y territorio

El reto colectivo de la sobrevivencia indígena: Interpretación jurídica e historia comparativa entre los EE.UU. y Colombia en materia de protección de los derechos indígenas

F. Michael Willis*

Sumario

1. Introducción. — 2. Pueblos indígenas y derecho constitucional: La importancia de la historia y el contexto. — 3. La Constitución Política de la República de Colombia de 1991. — 4. Una mirada amplia del marco legal de EE.UU. 4.1. La responsabilidad federal de fideicomiso. 4.2. La era de la autodeterminación indígena. — 5. Perspectivas comparativas. 5.1. El control tribal sobre los recursos presupuestarios. 5.2. El control tribal sobre los recursos naturales. 5.3. Disposiciones de aplicación y garantías de los derechos. 5.4. Asimilación vs. multiculturalismo, diversidad y transmisión de la cultura. 5.5. La resolución de casos basados en el test de proporcionalidad. 5.6. A pesar del marco constitucional, la pobreza predomina en las comunidades indígenas... 5.7. La tierra sigue siendo el tema central. — 6. Conclusión. — Bibliografía.

1. Introducción

Cuando publicó el primer estudio jurídico sobre la Ley Federal de EE.UU. sobre Derecho Indígena en 1940, Félix Cohen afirmó que el trato que una Nación le da a su población indígena representa un indicador central del

* F. Michael Willis es abogado socio de la firma Hobbs, Straus, Dean y Walker que representa a los gobiernos de tribus indígenas estadounidenses frente a las cortes, agencias ejecutivas y el Congreso de los EE.UU. El autor quiere agradecer a Juan Pablo Barrios Romero y Carlos Salinas por su apoyo en la traducción.

estado actual de una sociedad democrática, “Como el canario de los mineros, el indio revela el cambio de aire fresco a gas venenoso en la atmósfera política, y nuestro trato hacia los Indios, más que nuestro trato hacia otras minorías, refleja el alto y el bajo de nuestra fe en la democracia”.¹

La preocupación urgente para Colombia es que en la última década el aire ya se puso venenoso. La Corte Constitucional, en el Auto 004, ha fallado que 34 comunidades están en amenaza de extinción por impactos del conflicto armado “reorientado por actividades relacionadas con el narcotráfico”, que destruye las bases y condiciones para sobrevivencia material y cultural de las comunidades indígenas y ha resultado en desplazamientos de poblaciones indígenas. Las comunidades indígenas también enfrentan desafíos a la seguridad de sus territorios relacionados con la competición global de la explotación de recursos. Los conflictos sobre el derecho de la propiedad indígena y el control del uso de los recursos (agua, bosques, minerales y petróleo) están aumentando a una velocidad peligrosa para las comunidades indígenas. Estos desafíos a las comunidades indígenas también son desafíos para el sistema de justicia y el Estado de derecho en Colombia. Al examinar y comparar la experiencia estadounidense esperamos encontrar herramientas, análisis y prácticas útiles al momento histórico y jurisprudencial en Colombia.

2. Pueblos indígenas y derecho constitucional: La importancia de la historia y el contexto

El marco constitucional de los EE.UU.

En la Asamblea Constituyente de los EE.UU. James Madison consideró que uno de los retos más importantes era la creación de mecanismos que aseguraran que los sectores poderosos con intereses fuertes no sofocaran los derechos de otros sectores: “Me consta que un número de ciudadanos (...) están unidos y motivados por un impulso o interés apasionado común, y que este es adverso a los derechos de otros ciudadanos, o a los intereses comunitarios en su agregado (...) permanente”.² Madison escribió que “En estructurar un gobierno que va a ser administrado por hombres sobre hombres, la gran dificultad es

¹ F. Cohen, *Handbook of Federal Indian Law*, 1982, at v.

² The Federalist Papers, n°10, 1787.

esta: Uno debe antes que nada asegurar que el gobierno pueda controlar a los gobernados e inmediatamente asegurar que se controle a sí mismo”.³

El marco republicano del Estado federalista norteamericano intentó mediar entre los impactos políticos adversos de las facciones, en particular de los más poderosos sobre los menos poderosos, sin que esto impactara la búsqueda apasionada en el ámbito económico. Benjamín Franklin aludió a estas consideraciones cuando le preguntaron qué había creado la asamblea constituyente. Su respuesta: “una república, si la pueden conservar”.

Con la intención de conservar una república de forma tal que refleje la filosofía liberal de sus redactores, Madison jugó un papel fundamental en desarrollar y promover la adopción de la carta de derechos, las primeras diez enmiendas diseñadas específicamente para proteger derechos considerados fundamentales para el pleno ejercicio de la libertad.

Como estructura jurídica orgánica, el éxito de la Asamblea Constituyente de los EE.UU. es innegable. Las disposiciones redactadas hace 230 años siguen intactas y han sido validadas repetidamente por el Sistema Jurídico estadounidense. La Constitución de los EE.UU., enfrentada a una dinámica en marcha e interactiva de diversas y a veces opuestas fuerzas políticas, establecida con pesos y contrapesos institucionales, delegó a las cortes el deber fundamental de defender los derechos de las personas ante un desborde del poder gubernamental y asegurar que los intereses mayoritarios no privaran a las minorías de sus derechos.

Para los pueblos indígenas en los Estados Unidos lo más importante no fueron los contrapesos y otras limitaciones sobre el poderío federal sino la primacía de la ley federal sobre las leyes estatales. La Constitución otorgó autoridad exclusiva para asuntos indígenas al gobierno federal, los pueblos indígenas dejaron de ser Naciones en el sentido constitucional del término y se hicieron parte del Estado federal pero conservando todos aquellos derechos que no extinguió la ley federal. Al no ser reconocidos como Estado nación pero sí como pueblos con autonomía, al Congreso se le otorgó autoridad amplia sobre los asuntos indígenas. Al Ejecutivo (con el Senado) se le asignó el poder de hacer tratados con potencias extranjeras y con naciones indígenas. Los tratados con las tribus indígenas tienen

³ The Federalist Papers, n°51, 1788.

el mismo peso legal que los tratados con potencias extranjeras y el mismo estatus legal que los estatutos federales.

Los tratados y leyes federales fueron establecidos como la “ley suprema del país” (Artículo VI). Para asegurar la aplicación consistente de la ley federal en un sistema en el cual las leyes estatales reflejan las características regionales y locales, la Constitución estableció que “los jueces en cada estado deben respetar” la ley federal, incluso en caso de que la constitución o las leyes de su propio estado la contradigan.

Por cierto, la visión de los Fundadores de EE.UU. sobre la libertad y la defensa contra la tiranía fue definida por los prejuicios morales, religiosos, raciales, culturales y teocéntricos de su época. Los Fundadores concibieron un Estado liberal y republicano que evitó el uso de la palabra “democracia”, le negó a la mujer su derecho al voto, permitió que se continuara practicando la esclavitud y, de particular relevancia para nuestra discusión hoy, aceptó la idea de primacía europea que sirvió como justificación al transferir los títulos de la tierra de los pueblos indígenas a la república federal —al igual que las Coronas inglesa y española lo habían hecho basándose en el derecho internacional de 1600—. El raciocinio subyacente heredado de los poderes coloniales siguió su marcha no solo con varias doctrinas y filosofías de superioridad racial (ya descartadas), sino también basándose en la legislación y jurisprudencia específica con implicaciones significativas para los pueblos indígenas hasta hoy en día, como expondré más adelante.

3. La Constitución Política de la República de Colombia de 1991

La Constitución Política de 1991 fue creada en un período histórico y en un contexto completamente distinto del que enfrentaban aquellos Estados que recién habían logrado su independencia y que se unían para conformar una república federal en 1789. Las instituciones democráticas de Colombia en 1991 enfrentaban ejércitos irregulares y terrorismo, el Estado luchaba por establecer control sobre partes de su territorio nacional. La desigualdad de sus ciudadanos era aguda, la mayoría de su población vivía bajo el nivel de la pobreza. Las violaciones de derechos humanos eran comunes, con masacres horribles en el ámbito rural y hasta el Palacio de Justicia había sufrido un holocausto insólito.

En este contexto, el ex magistrado Manuel José Cepeda Espinosa describió la percepción pública de la Constitución del 91 como una “revolución no

violenta hacia la paz, la igualdad, y participación para todos”,⁴ esta representaba un orden jurídico nuevo y transformativo en contra del clientelismo político, los escándalos de corrupción, el narcotráfico y el abuso de poder.

La Constitución de 1991 fue formada por las tradiciones colombianas y por el derecho internacional contemporáneo. El debate en la Constituyente se nutrió de cientos de años de ejercicio democrático bajo varios marcos constitucionales, además de un diálogo nacional contundente acerca del Estado de derecho, el desarrollo institucional democrático y los derechos humanos. Su concepción del pluralismo, la igualdad, la justicia y la intención de disminuir los espacios del abuso de poder fue enriquecida no solo por la evolución significativa de la experiencia y el pensamiento sobre el derecho y la sociedad democrática, sino también por la participación directa de los pueblos indígenas. Además, con respecto a los pueblos indígenas, el ex magistrado Cepeda acertó al afirmar que “la Corte ha abandonado completamente la perspectiva asimilacionista (...) la Corte habló sobre el diálogo intercultural entre culturas de igual dignidad”.⁵

Jurisprudencia fundamental de la Corte Constitucional sobre los derechos indígenas

Es de resaltar en la Carta Política de 1991 que “una serie de mecanismos e instituciones fueron introducidos para garantizar que la nueva Constitución, sobre todo su generosa carta de derechos, sobrepasaría el papel escrito y se transformaría en realidad social”.⁶ Además de reconocer derechos, la Constitución buscó asegurar que estos serían ejercidos en la práctica a través de mecanismos de cumplimiento. Por ejemplo:

- Sentencia SU 510/98: El principio de diversidad étnica y cultural otorga a las comunidades indígenas un estatus especial que se manifiesta en el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus valores culturales pro-

⁴ Cepeda Espinosa, Manuel Jose, “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, en *Washington University Global Studies Law Review*, 2004, pp.523-33 (Traducción libre).

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

pios. Igualmente, la Carta les confiere el derecho de gobernarse por autoridades propias según sus usos y costumbres, consagra una circunscripción electoral especial para la elección de senadores y representantes; y les garantiza el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios.

- Varias sentencias afirman el deber del Estado de “maximización de su autonomía” y estableció el principio de no intervención de las autoridades públicas en los asuntos que son de exclusiva competencia de las comunidades indígenas, es el caso de la Sentencia 973 del 2009: Derecho de orden interno supone el derecho de las comunidades:

- i) a decidir su forma de gobierno (CP art. 330);
- ii) el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246) y
- iii) el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley.

- En cuanto al Orden Externo, la Sentencia 973 afirma que
 - Estos pueblos tienen el derecho a ser consultados previamente con relación a las decisiones que los afecten.
 - Tienen el derecho de participar en la circunscripción especial electoral prevista para ellas.
 - La consulta previa a las comunidades indígenas juega un rol necesario en los términos previamente enunciados, para asegurar que las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas sean consideradas en el ejercicio de las demás atribuciones y competencias de la Administración.
- La Sentencia T-778 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) precisó sobre el particular que, en materia de representación política, existe norma constitucional expresa que proyecta la diversidad cultural fuera de los territorios indígenas y concede una *protección a las comunidades*, a fin de asegurarles un mínimo de representación a nivel nacional (C.P. arts.171 y 176).

La jurisprudencia de la Corte ha seguido clarificando la gama de derechos que reconoció. Sin embargo, la consistencia en el cumplimiento

de esos derechos sigue evolucionando y aún enfrenta desafíos institucionales. Lo más alarmante del funcionamiento de las instituciones, desde una mirada del exterior, es el hecho de que los jueces de menor jerarquía y oficiales gubernamentales no siguen los precedentes de la Corte Constitucional y no enfrentan consecuencias reales cuando hacen caso omiso de la jurisprudencia.

Por ejemplo, un caso actual en Colombia que está generando considerable interés por parte de observadores en EE.UU. en relación con los derechos indígenas pareciera poner en juego precisamente si la jurisprudencia de la Corte acerca de los derechos indígenas seguirá siendo simples palabras sobre el papel o si en verdad tendrán impacto sobre la realidad social. El caso recién referido a la Corte Constitucional tiene que ver con el pueblo cofán de la Reserva Santa Rosa del Guamuéz en el departamento del Putumayo, en él varios principios básicos establecidos por la Corte Constitucional han dejado de ser utilizados y aparentemente ni siquiera han sido considerados por jueces y magistrados de los tribunales implicados en el caso.

A pesar de avances significativos y sustanciales, la falta de capacidad para garantizar los derechos da fe a la crítica que sostiene que estos derechos y fallos se ven bonitos en el papel, pero no tienen valor práctico. Como dijo el Profesor Brewer Carías, “de nada serviría una declaración de derechos, si no existiese un conjunto de garantías judiciales de esos derechos”.⁷

Esta preocupación fue compartida por el Secretario del Interior de los EE.UU., Ickes, en los años treinta y cuarenta. En 1940 declaró “Que los indígenas tengan derechos legales es algo de poca consecuencia práctica a no ser que los mismos y aquellos que tratan con ellos sean conscientes de esos derechos”.⁸ Hoy en día los indígenas tienen un buen manejo de la ley que rige a sus comunidades y relaciones con otros. El problema reside en que los miembros del Congreso, los jueces, oficiales federales y gobiernos estatales y locales que interactúan con las tribus indígenas en los EE.UU. carecen de conocimiento o son hostiles a los derechos de los pueblos indígenas.

⁷ Brewer Carías, Alan, “Presente y futuro de los Derechos Humanos”, en *Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Hacia el fortalecimiento del estado social de derecho, San José, Costa Rica, 1998, pp. 3- 32.

⁸ F. Cohen, *Handbook of Federal Indian Law*, 2005 (Traducción libre).

Los mecanismos judiciales encargados de hacer cumplir la ley y los recursos legales establecidos por la Constitución de los EE.UU. han sido fundamentales para mantener vivos en la práctica los derechos tribales. Para el propósito de este diálogo comparativo repasaré el marco legal de los EE.UU. en cuanto a los pueblos indígenas y miraré de cerca las áreas donde este marco ofrece sugerencias tanto en lo que se debería evitar como lo que se podría explorar para compartir con el avance administrativo y jurisprudencial de la autonomía indígena y el reconocimiento territorial.

4. Una mirada amplia del marco legal EE.UU.

Obviamente esta mirada amplia no puede capturar las múltiples sutilezas y aplicaciones en 230 años de Derecho Indígena de los EE.UU. El código legislativo sobre el tema indígena comprende cuatro volúmenes y miles de opiniones jurídicas (incluyendo más de 150 opiniones de la Corte Suprema). La edición actual del texto de Cohen acerca del Derecho Indígena que sintetiza este cuerpo es de más de 1.400 páginas.

La Ley Federal Indígena, la ley de los EE.UU. sobre el tema indígena, tiene raíces muy profundas en la historia. Este contexto histórico es fundamental quizás más que en cualquier otro tipo de ley. Por otro lado, las disposiciones dentro de la Constitución son mínimas.⁹

En el establecimiento de la política indígena federal, tres cláusulas han demostrado ser las más significativas a través del tiempo:

- El artículo I, 8, cl. 3 otorga al Congreso la facultad “Para reglamentar el comercio con las naciones extranjeras, entre los diferentes estados y con las tribus indígenas”. De esta forma identifica a los indígenas

⁹ La Constitución EE.UU. de 1789 menciona a las indígenas solo dos veces: El artículo I explica que los indígenas, quienes no están sujetos a los impuestos (pagos tributarios), no se cuentan como parte de la población para determinar la distribución de los Representantes en el Congreso. Esta cláusula muestra que los indígenas fueron identificados como una soberanía separada y distinta de los otros sectores de la población. La Enmienda XIV de 1868, adoptada con la abolición de la esclavitud, eliminó de la cláusula los términos que contaban a los esclavos como 3/5 de una persona, pero mantuvo los que excluyen a los indígenas de los censos y la distribución correspondiente a los Representantes. En 1924 los indígenas fueron reconocidos como ciudadanos de los estados donde residen y se contaban en los censos para establecer la distribución de Representantes en el Congreso. La otra cláusula de la Constitución que menciona a los indígenas es la Cláusula del Comercio Indígena discutido en detalle en el texto.

como sujetos aptos para legislación separada y estableció poder plenipotenciario sobre asuntos indígenas.

- El artículo II, 2, cl. 2 le otorga al Presidente la facultad, “con el consejo y consentimiento del Senado, para celebrar tratados” con otras naciones y con las tribus indígenas.
- El sexto artículo establece que la Constitución federal y los tratados celebrados bajo autoridad federal son “la Ley Suprema de la Patria; y los Jueces de cada Estado la deberán cumplir”.

Aunque la facultad de celebrar tratados definió la relación de los EE.UU. con las tribus, son la Cláusula de Comercio Indígena y la Cláusula de Primacía Federal las que conforman la estructura central de la autoridad de la Ley Indígena en los EE.UU. Algunos de los primeros casos ante la Corte Suprema de los EE.UU. fueron sobre los interrogantes de la primacía federal acerca de tierras y la autonomía indígena.

- El caso *Johnson vs. McIntosh* —que no era indígena— en el que este afirmó haber comprado legalmente propiedad de un indígena. La Corte Suprema de los EE.UU. invalidó esa transacción. Solo el gobierno federal puede aprobar una transferencia comercial de propiedad indígena. Este fallo se basaba en la Doctrina de Descubrimiento a través de la cual EE.UU. obtuvo título a las tierras de los habitantes originales de los EE.UU. Mientras que el gobierno federal sea el propietario de la tierra le garantiza a los pueblos indígenas el uso benéfico de esa tierra y prohíbe su transferencia a no indígenas sin la aprobación del Congreso.
- El caso *Cherokee vs. Georgia*: El Estado de Georgia promulgó una serie de leyes para acosar a la nación cherokee, incluyendo leyes para abolir el gobierno cherokee, la extensión de la ley de Georgia a las tierras cherokee y la distribución de la tierra de este pueblo. Los cherokees solicitaron detenerlo fundamentándose en que las leyes del estado de Georgia no son aplicables en territorio cherokee. La Corte Suprema no consideró los méritos del caso pero falló que de acuerdo con los tratados con los cherokees, la tribu tiene jurisdicción sobre lo relativo a la actividad criminal en territorio cherokee. Como estos

tratados son ley federal, bajo la Cláusula de Primacía, las cortes del estado de Georgia están en la obligación que respetar tales tratados.

- El caso *Worcester vs. Georgia*: Después del caso *Cherokee*, Georgia procesó a unos misioneros por vivir en tierras *Cherokee*, violando así la ley estatal de Georgia que prohibía a “cualquier persona blanca” vivir en territorio *Cherokee* sin licencia del estado. Los misioneros apelaron a la Corte Suprema con el argumento de que la ley de Georgia no era aplicable en territorio *Cherokee* y el fallo de la Corte Suprema determinó que las leyes de Georgia estaban interfiriendo con las relaciones entre los EE.UU. y los *Cherokees*, que son ámbito exclusivo del gobierno federal.

Estos primeros casos ante la Corte Suprema se conocen como la Trilogía de Marshall, en honor del Presidente de la Corte John Marshall, los cuales establecen los parámetros fundamentales del Derecho Indígena que persisten hasta hoy. Sus cuatro elementos fundamentales son:

- El poder de tratar y regular las tribus es exclusivamente federal y los estados no juegan papel alguno, a no ser que sean delegados por el Congreso.
- El gobierno federal es responsable de proteger las tribus y propiedades de invasiones por parte de los estados y los ciudadanos.
- Las tribus conservan sus poderes inherentes de auto-gobernarse en las tierras reservadas y establecidas para su uso.
- La independencia de las tribus está sujeta al poder del Congreso en materia indígena.

De acuerdo a esta trilogía las tribus indígenas son “naciones domésticas dependientes”, capaces de manejar sus asuntos internos y de autogobernarse. Tienen la soberanía para recaudar impuestos y hacer sus propias leyes, sin embargo, esa soberanía tiene límites en cuanto a sus relaciones exteriores, definidas por el Congreso y por los tratados. De acuerdo a esta jurisprudencia, el Congreso tiene una responsabilidad de confianza fiduciaria que gira en torno a dos funciones:

- Proteger una raza considerada indefensa y débil, similar a la relación de un guardián con su protegido.
- Conservar el auto-gobierno indígena sobre sus propios asuntos.

4.1. La responsabilidad federal de fideicomiso¹⁰

La responsabilidad de fideicomiso brinda el marco legislativo y político hasta el día de hoy. Este concepto es conocido como la “Relación Especial” entre las tribus y el gobierno de los EE.UU. La frontera intelectual de esta relación es difícil de definir y las consecuencias legales pueden ser impredecibles. Por ejemplo, la frontera es difusa entre un mandato moral y un deber legal que debe ser cumplido, sobre todo porque estos conceptos son intercambiados frecuentemente a pesar de tener significados legales muy distintos.

La responsabilidad federal de fideicomiso se deriva de la larga historia de tratados y acuerdos entre el gobierno federal y las tribus indígenas, y establece la obligación de los Estados Unidos de asegurar la viabilidad continua de auto-gobiernos tribales, comunidades tribales y prácticas tribales culturales. Muy similar a la Constitución Colombiana de 1991, la responsabilidad de fideicomiso afirma el poder de las tribus para determinar su propia forma de gobierno, de organizarlo y gobernar de acuerdo a las necesidades de sus ciudadanos. Es el caso, por ejemplo, de *Santa Clara Pueblo vs. Martínez*, 436 U.S. 49, 62 (1978) que concluyó que la Carta de Derechos de la Constitución EE.UU. no aplica a los gobiernos de tribus sino en cuanto a los usos y costumbres indígenas. Además, bajo su autoridad amplia sobre temas indígenas, el Congreso tiene la facultad de promulgar leyes para promover, mejorar y proteger el auto-gobierno indígena.

De acuerdo con la responsabilidad de fideicomiso y su amplia autoridad bajo la Cláusula de Comercio, el Congreso ha promulgado cuatro volúmenes de leyes que rigen la supervisión federal de las tribus en áreas como la reservación y la administración de tierras indígenas y recursos naturales, la protección de cultura y lengua, la educación indígena, su sistema de salud, el bienestar del niño indígena, la vivienda indígena, su desarrollo económico, el desarrollo de su sistema jurídico, el desarrollo de empresas

¹⁰ La expresión inglesa “Trust Relationship” no tiene traducción jurídico-legal al español. Aunque tal vez sería más acertada la traducción “relación de fidelidad” o “relación de lealtad”, el concepto norteamericano se relaciona más con la obligación jurídica del guardián con su protegido.

indígenas, etc. La administración ordinaria de los programas está delegada a las agencias del Ejecutivo, cada una con responsabilidades asignadas para implementar los programas autorizados por la Federación para tribus indígenas elegibles. La Oficina de Asuntos Indígenas publica anualmente una lista de aquellas tribus elegibles “reconocidas federalmente” (566 en el momento) cuyos gobiernos tienen derecho a participar en todos los programas federales. Algunos programas específicos permiten la participación de personas de ascendencia indígena que no están vinculadas a alguna tribu reconocida o que sirven a tribus que no han sido reconocidas de manera formal por el gobierno de los EE.UU.

Hay que resaltar que los programas creados por estatuto para el beneficio de las tribus indígenas están basados en la relación política entre los EE.UU., las tribus soberanas y los miembros de estas tribus, no en etnicidad ni raza. La Constitución de los EE.UU. prohíbe la discriminación por raza, religión y origen nacional. Hasta el trato preferencial para corregir la discriminación histórica ha sido limitado a contextos muy específicos y definidos muy puntualmente. A pesar de que los individuos de ascendencia indígena no vinculados a una tribu podrían ser considerados como una clase racial (o grupo étnico), la Constitución determina que las tribus indígenas y sus miembros son entidades políticas distintas y le asigna al gobierno federal obligaciones legales específicas y dar un “trato preferencial” que no es considerado discriminación inconstitucional.¹¹

Por supuesto que el Congreso con su poder plenario puede rescindir, modificar o enmendar leyes y programas indígenas. Se ha comentado que para el Congreso la relación de fideicomiso es más una espada para el gobierno que un escudo para las tribus. A mediados del Siglo XX, por ejemplo, el Congreso canceló su relación con docenas de tribus (con consecuencias desastrosas). En 1880 el Congreso promulgó el Acto de Asignación (*Allotment Act*), una ley que dividió la tierra de resguardos entre indígenas individuales y autorizó que la tierra “sobrante” fuera vendida a no indígenas. Esta política resultó en la pérdida de millones de hectáreas de territorio indígena. Ello menoscabó la propiedad colectiva tribal de la tierra e introdujo no indígenas como propietarios dentro de los linderos territoriales de las reservaciones indígenas. Aunque esta política fue revertida en 1934, el daño ya había sido causado,

¹¹ Véase, por ejemplo, el caso *Morton vs. Mancari*, 417 U.S. 535 (1974).

generando pérdidas de tierras y recursos significativos para las tribus, además de que se introdujeron complicaciones dentro de la jurisdicción tribal que perduran hasta hoy.

Con la política de cancelación de los cincuenta se reconoció que la motivación detrás del Acto de Asignación era la destrucción de las tribus y la asimilación forzada de los indígenas.

Lamentablemente Colombia ha tenido casos de conceptos jurídicos cuyos objetivos eran similares. Por ejemplo, en la legislación bajo la cual se crearon las reservas indígenas del Putumayo se pretendía convertir a los indígenas en campesinos e incluirlos en el manejo individual de la tierra, el objetivo final era entregarles títulos individuales bajo el régimen de Unidades Agrícolas Familiares.¹²

En EE.UU. el auto-gobierno tribal y la jurisdicción hoy en día están muy afectadas por la complejidad de la variedad de relaciones de propiedad en territorio indígena, sean estas tribales, indígenas o no indígenas. Aunque las tribus tienen jurisdicción exclusiva sobre su tierra y sus miembros, la jurisdicción sobre propietarios no indígenas es limitada, a pesar de que ellos estén dentro de los linderos territoriales (*Montana vs. EE.UU.*, 450 U.S. 544 de 1981; *Oliphant vs. Suquamish Indian Tribe*, 435 U.S. 191 de 1978). El patrón de fallos de la Corte Suprema de los EE.UU. en las últimas décadas continúa erosionando la autoridad tribal en su territorio. Por ejemplo, en el caso *Atkinson Trading Co. vs. Shirley*, 532 U.S. 645 de 2001 el fallo determinó que las tribus carecen de autoridad para imponer impuestos sobre el comercio no indígena en sus reservaciones. El fallo del caso *Nevada vs. Hicks*, 533 U.S. 353 (2001) concluyó que las cortes tribales carecen de jurisdicción para considerar casos de sus miembros tribales en contra de no indígenas por daños en tierras de fideicomiso dentro de sus reservaciones.

En cuanto a los crímenes de violencia doméstica, EE.UU. está atravesando por una coyuntura de crisis irresuelta en los casos en los cuales un crimen es cometido por un no-indígena en contra de una mujer indígena en territorio indígena. La seguridad tribal indígena no tiene jurisdicción sobre el no indígena, mientras que los fiscales federales son muy escasos en las áreas

¹² “Reservas Indígenas de Yarinal, Afilador, Santa Rosa de Guamuéz y Santa Rosa de Sucumbíos” Concepto Jurídico. Folio 352 del Expediente 40109 del INCORA.

más remotas de los territorios indígenas. El resultado es que la mujer indígena corre un riesgo significativamente más alto que cualquier otra mujer en los EE.UU. de ser víctima de un asalto sexual o de violencia doméstica y los autores tienden a tener mucha más impunidad. Las tribus han hecho varias solicitudes al Congreso, pero este sigue sin tomar ninguna medida efectiva.

4.2. La era de la autodeterminación indígena

Existen muchos eventos en los cuales el Congreso ha hecho uso de su autoridad sobre asuntos indígenas que han resultado en daños a las tribus y demasiados casos de la Corte Suprema recientes e históricos en los cuales se ha limitado la autoridad tribal. Desde los años setenta la presión por parte de las tribus, incluyendo la ocupación de la Oficina de Asuntos Indígenas en Washington y las oficinas locales de esa misma dependencia, ha permitido dar paso a una nueva orientación en la política federal indígena, a la era de la Autodeterminación Indígena.

El Congreso promulgó una legislación innovadora en 1975: la Ley de Autodeterminación y Asistencia Educacional -LADAE- (Indian Self-Determination and Education Assistance Act -ISDEAA). En esta ley el Congreso reconoció los fracasos de las políticas federales del pasado basadas en un paternalismo burocrático que “privó a los indígenas de la oportunidad plena de desarrollar facultades de liderazgo claves para la realización del auto-gobierno, y (...) le negó al pueblo indígena una voz efectiva en la planeación e implementación en los programas para el beneficio de los indígenas” (25 U.S.C. 450(a) (1)). Emitió una nueva Declaración de Política “asegurando la máxima participación en servicios federales educativos y otros a las comunidades indígenas para asegurar que dichos servicios sean más responsivos a las necesidades y deseos de aquellas comunidades” (25 U.S.C. 450a(a)).

En el pasado la financiación y los programas federales fueron administrados por oficiales federales, frecuentemente no indígenas, basados en mandatos federales que no consideraban las necesidades y prioridades tribales. La LADAE y la Era de Autodeterminación introdujeron una conceptualización más moderna de la “relación especial” entre el gobierno de los EE.UU. y las tribus indígenas. Esta conceptualización minimizó el componente paternalista de “guardián-protégido” de la relación de fideicomiso y enfatizó el deber federal de fomentar el auto-gobierno y la auto-suficiencia tribal.

La LADAE fue innovadora más por sus mecanismos prácticos que por su filosofía jurídica. Desplazó la autoridad sobre la administración de los progra-

mas federales y su financiamiento relacionado hacia las mismas tribus. En vez de que oficiales federales diseñaran, presupuestaran, implementaran y evaluaran los programas, las mismas tribus consiguieron la autoridad programática y presupuestaria a través de contratos de auto-determinación y, después, de pactos de auto-gobernación.

Hoy en día más que diez billones de dólares de recursos presupuestarios federales están anualmente disponibles para programas indígenas. Una porción considerable de esta financiación es administrada de manera directa por las tribus, de acuerdo a las prioridades tribales bajo la LADAE o a través de concesiones que han adoptado el principio de esta sobre el control directo tribal de los recursos programáticos y presupuestarios (aunque estas concesiones no sean mecanismos contractuales directos de la LADAE). Se han extendido con el tiempo programas administrados por las tribus y hoy incluyen autorizaciones que permiten a las tribus administrar programas federales y que anteriormente eran estatales, entre ellos la administración de escuelas, universidades, hospitales, programas de vivienda y muchos otros. “Numerosas tribus en los EE.UU. se han organizado a sí mismas, a sus sistemas educativos (...) y la asignación de recursos para revertir décadas de pérdida de lenguas, a tal punto que hoy en día, en algunas reservaciones, hay más niñez que habla su lengua originaria que población adulta que lo haga”.¹³

El nivel de financiación permanece, eso sí, en niveles insuficientes para 566 tribus. En los EE.UU. en la actualidad la precariedad económica que enfrentan las comunidades indígenas es palpable. Dichas comunidades tienen niveles altísimos de desempleo y pobreza, bajos niveles de formación educativa, bajos índices de salud y tasas de mortalidad alta. Las tribus indígenas deben desarrollar programas que encaran problemas sociales, culturales y económicos relacionados con sus propias idiosincrasias. Aunque algunas tribus han logrado encontrar fuentes de ingresos distintas a aquellas brindadas por el gobierno federal, estos cambios han llegado recientemente y solo han empezado a abordar necesidades sociales que vienen de antes.

El éxito en encontrar otras fuentes de ingreso se ha hallado en una variedad de actividades, en muchos casos dadas de forma simultánea incluyendo las siguientes:

¹³ Cornell, Stephen y Kalt, Joseph, “American Indian Self-Determination: The Political Economy of a Policy that Works”; en *Harvard Project on American Indian Economic Development*, 2010, pp. 12-13 (Traducción libre).

- El desarrollo de recursos naturales basado en las leyes federales que autorizan el control tribal sobre los recursos madereros, minerales, energéticos, de pastos y otros.
- El establecimiento de casinos bajo la autorización del congreso sobre los juegos de suerte y azar indígenas (*Indian gaming*).
- El fomento de empresas tribales algunas veces apoyadas por leyes federales para fomentar el desarrollo empresarial tribal por medio de impuestos y otros incentivos al desarrollo.

Algunas tribus han realizado logros excepcionales mediante el uso de recursos federales para lanzar empresas tribales que generan aún más recursos para sus gobiernos: “La Industria Nación Chickasaw brinda tecnología informática, apoyo técnico y administrativo, personal médico y odontológico, apoyo técnico aeroespacial, construcción, producción, administración de propiedades y logística a clientes gubernamentales y comerciales”.¹⁴ Los ingresos de esta empresa tribal nutren inversiones continuas en el desarrollo de otras empresas y también son canalizados al gobierno tribal para sostener programas vitales.

La Política Indígena de Autodeterminación y su aproximación brindan un marco conceptual y pragmático que amerita su exploración por parte de Colombia y otros países. La política de autodeterminación se ha enfocado en que las tribus se unan para mejorar su capacidad de incidir favorablemente en sus relaciones con el Congreso y para maximizar el impacto que cada tribu tiene en sus relaciones gobierno a gobierno. Estas actividades y estrategias están produciendo nuevas bases jurídicas para los derechos indígenas en los EE.UU. La legislación que otorga los recursos presupuestarios federales directamente a las manos de la administración de gobierno tribal y que buscan promover nuevos incentivos e iniciativas para la autosuficiencia económica han mejorado la capacidad de gobernación tribal y el bienestar de la comunidad.

Una línea emergente de investigación indica que el viraje de la política hacia la autodeterminación indígena es “*el factor causal central* que explica por qué el progreso significativo y sostenido del desarrollo en el territorio indígena se demoró hasta fines del Siglo XX” (Énfasis agregado).¹⁵ Las tremendas limitaciones en las comunidades tribales del pasado pueden atribuirse en

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

gran parte a “las políticas esencialmente uniformes y de solo una dimensión, además de la micro-administración por parte de las agencias federales y sus agentes”.¹⁶ Hasta la Era de la Autodeterminación Indígena, el papel indígena en las políticas implementadas en las reservas estaba limitado simplemente a elevar denuncias y quejas en contra la ineptitud federal y la mala administración. Esta “autonomía” limitada es característica del trato a los derechos indígenas en muchos lugares del planeta y puede que refleje algunos aspectos de la política actual en Colombia.

5. Perspectivas comparativas

Lecciones históricas, legales y morales se pueden encontrar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, al igual que pueden hallarse en la de los Estados Unidos. Las interpretaciones y la aplicación de esas reglas, incluida la asignación de recursos; sin embargo, son las que en última instancia dan forma a la realidad práctica. Permítanme destacar algunas áreas donde el diálogo internacional, entre Colombia y Estados Unidos, en relación con los derechos indígenas que podrían ser benéfico para ambas naciones.

5.1. El control de los indígenas sobre los recursos presupuestarios

La LADAE estableció mecanismos autorizando la entrega directa de los recursos presupuestarios federales a los gobiernos tribales para que ellos administraran los programas en su beneficio. Esta discreta disponibilidad de fondos que permite la administración tribal de los programas y su gestión presupuestaria tribal no solo tuvo como resultado que los programas fueran más acordes con las necesidades de la comunidad tribal, sino que también fortaleció la capacidad administrativa y de prestación de servicios del gobierno tribal. Con un nivel básico de financiación de los programas de gobierno tribales, las tribus han tenido la posibilidad de establecer iniciativas para conseguir recursos adicionales y alcanzar sus objetivos.

El programa de asignación presupuestaria de Colombia, que canaliza la financiación para los territorios indígenas a través de las autoridades municipales, interfiere con el poder de toma de decisiones y la autoridad de las comunidades indígenas y empodera a los vecinos no indígenas a costa de la

¹⁶ *Ibidem*.

autonomía indígena. Deben estudiarse más a fondo alternativas para brindarles a las comunidades indígenas acceso directo a los recursos del presupuesto, incluido el modelo LADAE.

La Constitución de 1991 buscó beneficiar directamente a los indígenas, por eso señalo que “serán beneficiarias las entidades territoriales indígenas, una vez constituidas”.¹⁷ Hace falta, en el derecho constitucional que, debido a la inacción legislativa, las reservas y los resguardos indígenas puedan ser entidades territoriales como el municipio o el departamento. El concepto de administración de presupuesto por las tribus indígenas en los EE.UU. se implementa, conforme con LADAE, por reglamentación, control y la vigilancia del gobierno, es consistente con las regulaciones de esta y en concordancia con los contratos de autodeterminación o de autogobernación entre el gobierno y la tribu. El esquema presupuestario de la LADAE puede ser explorado en el contexto legal de Colombia en cuanto a los artículos 356 y 365.

Al examinar estas posibilidades de administración de presupuesto, otra lección de la experiencia de EE.UU. debe resaltar la importancia de agregar recursos no gubernamentales para complementar los recursos del gobierno federal. Los recursos de presupuesto nacional nunca serán suficientes para las diversas necesidades de las comunidades indígenas que en muchas partes, por décadas, han sido negadas. Es necesario examinar otras formas para aumentar los recursos, por ejemplo, qué mecanismos pueden ofrecer el esquema legal para garantizar acceso al crédito y crear nuevos incentivos en forma de excepción o limitación de los impuestos por asociaciones empresariales indígenas o para estimular inversiones en asociaciones indígenas con no indígenas.

5.2. El control tribal sobre los recursos naturales

Siguiendo el modelo conceptual de la LADAE, el Congreso ha promulgado numerosas leyes para proporcionar una mayor autoridad tribal sobre los recursos naturales sobre y bajo de sus tierras. Estas disposiciones establecen autoridad para que las tribus desarrollen planes de manejo de recursos naturales y se beneficien de los ingresos de su desarrollo. Es importante destacar que, en las prácticas del pasado, la consulta a las tribus en cuanto a los acuerdos de explotación de recursos consistía en que conceptuaran acerca de solo dos opciones posibles: sí o no. En la actualidad, bajo muchas leyes federales, es el plan de

¹⁷ Colombia, Constitución Política de 1991, artículo 356.

manejo tribal el que establece las normas para los acuerdos de explotación. Estos tipos de planes permiten que las tribus no solo tengan la capacidad de celebrar o no contratos de arrendamiento, sino que también ofrecen una amplia gama de opciones basadas en las prioridades de las tribus. Estas incluyen el derecho a desarrollar y posicionar sus recursos, o el derecho a conservar parte de los recursos para fines sagrados, o para cumplir con los objetivos de gestión sostenible de largo plazo de la tribu o, simplemente, para esperar un mejoramiento de los precios ofrecidos por el mercado de los recursos. Aunque en el pasado los valores de regalías u otros pagos por las explotaciones negociados federalmente habían subvalorado los recursos y habían privado a las tribus de un valor de mercado justo por sus recursos, en la actualidad la mayoría de los estatutos garantizan que las entidades tribales de negocio sean las que desarrollen los recursos o que la tribu negocie directamente los valores de las explotaciones de recurso.

La ley colombiana establece derechos claros y aplicables sobre la consulta previa con las comunidades indígenas para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. En parte la diferencia de enfoques se debe a que en Colombia son las comunidades las que gozan de propiedad colectiva, un avance ejemplar en el país. Menos claras son las autorizaciones colombianas y los programas de asistencia técnica mediante los cuales las mismas comunidades indígenas puedan desarrollar los recursos o establecer planes de manejo o de arrendamiento de conformidad con sus leyes y objetivos. La aplicación de la “regla de maximización” de la autonomía indígena en los territorios indígenas se podría explorar más para autorizar que los programas de desarrollo de recursos sean más flexibles y más sensibles para asegurar que su explotación produzca más beneficios a las comunidades.

5.3. Disposiciones de aplicación y garantías de los derechos

Tanto la ley de EE.UU. como la de Colombia proporcionan mecanismos jurisdiccionales para hacer cumplir los derechos por parte de las autoridades judiciales. En Estados Unidos las tribus pueden llevar casos a los tribunales federales bajo varios estatutos que asignan la competencia judicial; además, la tribu puede llamar al gobierno para llevar un caso en nombre de la tribu en conflictos contra las autoridades estatales. Colombia tiene la acción de tutela y otros mecanismos jurisdiccionales.

Un área para indagación adicional es sobre el tipo de mecanismo que pueda aplicarse o desarrollarse para asegurar que los fallos sobre los derechos de los pueblos indígenas emitidos por la Corte Constitucional sean respetados, seguidos y aplicados por los tribunales locales y por funcionarios gubernamentales. Como se señaló anteriormente, el caso cofán es ilustrativo de cómo los tribunales inferiores han hecho caso omiso de la jurisprudencia establecida por la Corte Constitucional. En los EE.UU. el principio del *common law* de *stare decisis* se aplica para garantizar la coherencia de las decisiones judiciales y la economía judicial. Una vez que el tribunal ha resuelto algún interrogante jurídico, el mismo interrogante en otros casos debe provocar la misma respuesta desde el mismo tribunal o los tribunales inferiores de su jurisdicción. Otro conjunto de mecanismos que se podrían contemplar sería acerca del establecimiento de mecanismos para imponer responsabilidad directa sobre el gobierno, de tal manera que la falta de recursos presupuestarios no puede servir de justificación para no cumplir con las normas constitucionales.

Si bien en Colombia la Corte Constitucional ha introducido los conceptos de *ratio decidendi*, *obiter dictum* y *stare decisis* siguiendo el sistema de precedentes, el problema radica en que los jueces constitucionales de menor jerarquía, tribunales y jueces, en muchos casos, no siguen el precedente y cuando esto ocurre es muy poco probable que exista una sanción. Ahora bien, aprovechan que la Corte no puede revisar todas y cada una de las decisiones que profieren y que no existe un mecanismo ágil y eficaz que permita que un superior obligue a ese juez o tribunal a ajustar su decisión al precedente fijado por la Corte Constitucional como máximo órgano de la justicia constitucional. Respecto de ese mecanismo eficaz en los Estados Unidos, cuando el juez se aparta del precedente se puede acudir a la apelación, figura en la que, al igual que en Colombia, el juez se pronuncia sobre todo el caso, o la figura interlocutorio o *interlocutory* en que la corte originaria mantiene jurisdicción sobre el caso mientras la apelación resuelve el tema controvertido e incorpora la decisión de la corte más alta a la decisión final, también podría solicitarse la adecuación de la sentencia al precedente al fin del caso.

En todo caso, además de la garantía judicial, existe una garantía basada en la importancia de la reputación profesional y el disgusto de ser reversado, lo que, normalmente, provee suficientes incentivos concretos para que los jueces se mantengan diligentes para la hora de respetar el precedente y su aplicación a los hechos en los casos que son puestos en su conocimiento.

Una implementación de una reglamentación de transparencia o de respeto a normas profesionales o una apelación *interlocutory* sería de mucha utilidad, pues no se trata de una apelación en la que el juez se pronuncia sobre todo el caso. Por el contrario, se trata de garantizar por vía judicial que el precedente se cumpla y que si, por ejemplo, la Corte Constitucional señaló que el derecho al territorio colectivo es un derecho fundamental, un juez o tribunal no le desconozca ese carácter.

También hay consideraciones de contexto que merecen atención. Hay preocupaciones en cuanto al nivel en que el juez local u oficial de gobierno está expuesto a fuerzas o influencias fuera de la norma que limitan la capacidad del oficial para operar con la independencia necesaria. Factores como la corrupción y la presencia de actores armados pueden influir o intimidar oficiales para que no cumplan con la ley o los precedentes. Otras consideraciones tienen que ver con la complejidad de la norma y la falta de capacitación para reconocer protocolos de tratamiento diferencial apropiado a las poblaciones vulnerables.

5.4. Asimilación vs. multiculturalismo, diversidad y transmisión de la cultura

La Constitución de Colombia de 1991 enmarca los derechos indígenas dentro de un diálogo intercultural e igualdad jurídica de las culturas. La jurisprudencia de los EE.UU. se enmarcó en el patrimonio anticuado de la doctrina de descubrimiento. A través de su amplia autoridad sobre asuntos indígenas del Congreso, desde los años setenta los Estados Unidos han adoptado políticas de autodeterminación consistentes con el derecho internacional que han demostrado ser eficaces en la generación de gobiernos dinámicos y desarrollo económico en las comunidades indígenas. A diferencia de la Corte Constitucional de Colombia, Estados Unidos no ha incorporado ni las decisiones ni la doctrina del derecho internacional en su jurisprudencia nacional. Este aspecto de la ley colombiana debería ser explorado más por los Estados Unidos, especialmente dado que el gobierno del presidente Obama ha expresado su apoyo a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en los siguientes términos:

Este reconocimiento [de la autoridad inherente y soberana de las tribus] es la base de la relación jurídica y política especial, incluyendo la relación de gobierno a gobierno, establecido entre los Estados

Unidos y las tribus reconocidas federalmente, conforme al cual los Estados Unidos apoyan, protegen y promueven la autoridad gubernamental tribal en una amplia gama de asuntos internos y territorial, incluyendo la pertenencia, la cultura, el idioma, la religión, la educación, la información, el bienestar social, la comunidad y la seguridad pública, las relaciones familiares, las actividades económicas, el manejo de las tierras y los recursos, el medio ambiente y el acceso de los no miembros, así como las formas y medios para financiar estas funciones autónomas gubernamentales.¹⁸

5.5. La resolución de casos basados en el test de proporcionalidad

La Corte Constitucional de Colombia ha empleado los principios de la equidad para buscar soluciones justas y equitativas a los casos que se le han presentado en el marco constitucional. Este enfoque pragmático jurídico contrasta agudamente con recientes fallos sobre la ley indígena de la Corte Suprema de los EE.UU. En Washington, los fallos han girado en torno a lecturas rebuscadas de los estatutos, basándose en definiciones de diccionario y supuestas intenciones originales de los autores de la leyes y de la Constitución con poca consideración del contexto histórico o el propósito de la disposiciones legales, las expectativas jurídicas de acuerdo a la práctica y jurisprudencia establecida con el tiempo y a las consecuencias dramáticas e injustas que pueden generar. En el caso *Carcieri vs. Salazar*, 555 U.S. 379 (2009) la facultad para la adquisición de tierras a favor de las tribus del gobierno federal se volvió sobre el significado de la palabra “ahora”. Esta palabra “ahora” se encuentra en la definición de “tribu indígena” en una frase del estatuto de 1934 diseñado para evitar la pérdida de territorio indígena causado por el Acto de Asignación. El estatuto autorizó al Secretario de Interior a aceptar título federal de fidecomiso solo para proveer tierras a las tribus indígenas. El estatuto definió “tribu indígena” como las tribus “ahora bajo jurisdicción federal”. Por 75 años la palabra “ahora” (*now*) ha significado el momento en que el Secretario empezó el proceso de aceptar título a la tierra. En 2009 la Corte falló que el término “ahora” corresponde a un momento fijo en el tiempo en el año 1934. El fallo privó a muchas tribus indígenas de su capacidad

¹⁸ Anuncio del Apoyo de los Estado Unidos a la Declaración de las Naciones Unidos Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en <http://www.state.gov/documents/organization/153223.pdf>

de utilizar el proceso bien establecido para designar las tierras adquiridas por ellas de ser tratadas como tierras indígenas protegidas federalmente porque no queda claro cuáles criterios aplican para establecer si la tribu estaba “bajo jurisdicción federal” en 1934. Antes de 2009 fue establecido que cualquier tribu reconocida por el gobierno estaría bajo jurisdicción federal. En 1934 no había listas de tribus reconocidas ni tampoco claridad sobre si estar “bajo jurisdicción” sería lo mismo que ser oficialmente reconocida. La consideración de los impactos equitativos y prácticos de las decisiones judiciales es otra área en la que los EE.UU. podrían aprender de Colombia. De hecho, para las tribus indígenas de los Estados Unidos los tribunales solían ser vistos como defensores de los derechos tribales. La obsesión de la actual Corte Suprema con la jurisprudencia de la “intención original” y el resurgimiento de los “derechos estatales” ha puesto a las tribus en estado de alerta máxima.

5.6. A pesar del marco constitucional, la pobreza predomina en las comunidades indígenas...

A pesar de la jurisprudencia de EE.UU. y de las iniciativas legislativas y a pesar de las protecciones de derechos de Colombia, los pueblos indígenas siguen siendo los más pobres entre los pobres y la población más vulnerable en cada una de nuestras naciones. Sería importante una investigación más detallada sobre cuáles son las estructuras legales, los procesos y las políticas que han fomentado la pobreza y cuáles han contribuido a facilitar los avances económicos en los territorios indígenas. Esta evaluación podría incluir el marco LADEA y otros enfoques como la efectividad de los modelos de asistencia técnica, la cooperación inter-tribal, el apoyo gubernamental, la autoridad tribal del cobro de impuestos, el manejo de los recursos naturales y el desarrollo tecnológico.

5.7. La tierra sigue siendo el tema central

La razón por la cual las Naciones Unidas, la Corte y la Comisión Interamericana, así como la Corte Constitucional de Colombia han explorado más profundamente el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad es porque para los pueblos indígenas la tierra es de nodal importancia. La tierra es fundamental para la identidad cultural indígena y la supervivencia material. En efecto, la posesión efectiva del territorio y el control sobre los recursos en última instancia constituyen la base de su autodeterminación y el desarrollo de su cultura e identidad. Como la tierra y la jurisdicción sobre ella son derechos

fundamentales de las comunidades indígenas, las tierras indígenas deben ser protegidas por los tribunales, es decir, los indígenas deben disponer de mecanismos judiciales idóneos y eficaces para proteger su derecho, independientemente de los trámites administrativos, pues estos dependen de la voluntad del Estado, que puede ser caprichosa, para evitarlo está la justicia, los límites al poder que fundamentan el Estado de derecho, aun cuando esos trámites administrativos puedan no ser eficaces en la protección de las tierras indígenas.

La autodeterminación, el bienestar comunitario y la supervivencia cultural de todos los pueblos —se trate de los narragansett, mohawk, paiute, cherokees o cofán— dependen de su continua relación con la tierra. Esta es la base de la vida social, cultural, religiosa, política y económica de las comunidades indígenas. La propiedad de la tierra también determina el alcance de la jurisdicción tribal, federal y estatal sobre esa tierra. El marco constitucional colombiano reconoce la propiedad colectiva indígena sobre la tierra. El marco jurídico de las tierras indígenas de los EE.UU. sufre de su herencia de la doctrina de descubrimiento. La tierra y sus recursos proporcionan las oportunidades para el desarrollo económico. El deber de los tribunales de reconocer y ejecutar judicialmente los principios constitucionales y legales que protegen las tierras indígenas es fundamental para la preservación de la existencia soberana de las tribus y la diversidad cultural de nuestras naciones.

6. Conclusión

Para las tribus indígenas en los EE.UU. las estructuras legales han brindado las bases para la sobrevivencia material de los pueblos y sus culturas, pero también los ha hecho sujeto a vulnerabilidades extremas y eventos devastadores. El marco de autodeterminación que ha sido positivo aún es vulnerable a ser revertido por alguna ley del Congreso o una mala interpretación por los tribunales federales. Mientras que la Constitución colombiana y su interpretación demuestran valores valientes a favor de los derechos indígenas, la falta de consideración a su jurisprudencia por los tribunales inferiores aún puede menoscabar la jurisprudencia y esta encarnación del Estado de derecho. A pesar de lo que las democracias de Colombia y EE.UU. han establecido y planteado para sostener la diversidad multicultural en la cual las comunidades indígenas puedan prosperar dentro de sociedades cuyas mayorías no son indígenas, la condición minoritaria de los pueblos indígenas los mantiene

vulnerables ante las mayorías si no gozan del contrapeso de las leyes nacionales, de cortes imparciales y del respeto por el derecho internacional.

Finalmente, a quienes me acompañan en el presente trabajo quiero decirles que espero que continúen avanzando en esta doctrina a favor de los derechos indígenas, personas que algunos sectores podrían describir como “unos de los más vulnerables” y que, a la vez, su doctrina continúe siendo un elemento importante para asegurar su sobrevivencia física y cultural. Los tribunales de los EE.UU. tienen mucho que aprender de su interpretación constitucional y de su aplicación a los pueblos indígenas. Mientras tanto, espero que los ejemplos de los EE.UU. presentados aquí, sobre todo los que conciernen la administración directa de los recursos por las comunidades y los principios de autodeterminación, puedan ser evaluados por ustedes, en parte también como una herramienta más en contra de la corrupción municipal o departamental, pero, más importante aún, como iniciativas prácticas para empoderar en la práctica a las comunidades indígenas.

Bibliografía

- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU 510/98, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia 973 del 2009, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-778 de 2005, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- Colombia, Constitución Política de 1991.
- Estados Unidos de América, Constitución de los Estados Unidos de América de 1789.
- Estados Unidos de América, Corte Suprema de los EE.UU., “Johnson vs. McIntosh”.
- Estados Unidos de América, Corte Suprema de los EE.UU., “Cherokee vs. Georgia”.
- Estados Unidos de América, Corte Suprema de los EE.UU., “Worcester vs. Georgia”.
- Estados Unidos de América, Corte Suprema de los EE.UU., “Santa Clara Pueblo vs. Martínez”, 436 U.S. 49, 62 (1978).
- Estados Unidos de América, Corte Suprema de los EE.UU., “Morton vs. Mancari”, 417 U.S. 535 (1974).

- Estados Unidos de América, Corte Suprema de los EE.UU., “Atkinson Trading Co. vs. Shirley”, 532 U.S. 645 (2001).
- Estados Unidos de América, Corte Suprema de los EE.UU., “Nevada vs. Hicks”, 533 U.S. 353 (2001).
- Estados Unidos de América, Corte Suprema de los EE.UU., “Carcieri vs. Salazar”, 555 U.S. 379 (2009).
- Estados Unidos de América, Corte Suprema de los EE.UU., “Montana vs. EE.UU.”, 450 U.S. 544 (1981).
- Estados Unidos de América, Corte Suprema de los EE.UU., “Oliphant vs. Suquamish Indian Tribe”, 435 U.S. 191 (1978).
- Estados Unidos de América, Congreso de Estados Unidos, Acto de Asignación (Allotment Act), 1880.
- Estados Unidos de América, Congreso de Estados Unidos, Ley de Autodeterminación y Asistencia Educacional -LADEA- (Indian Self-Determination and Education Assistance Act - ISDEAA), 1975.
- Estados Unidos, Anuncio del Apoyo de los Estados Unidos a la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en <http://www.state.gov/documents/organization/153223.pdf>.
- Brewer Carías, Alan, “Presente y futuro de los derechos humanos”, en *Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Hacia el fortalecimiento del estado social de derecho, San José, Costa Rica, 1998.
- Cepeda Espinosa, Manuel José, “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, en *Washington University Global Studies Law Review*, 2004, pp.523-33.
- Cohen, F. *Handbook of Federal Indian Law*, Washington, 1982, 2005.
- The Federalist Papers, n° 10, 1787 - n° 51, 1788.
- INCORA, *Concepto Jurídico, Reservas Indígenas de Yarinal, Afilador, Santa Rosa de Guamuéz y Santa Rosa de Sucumbíos*. Folio 352 del Expediente 40109.
- Cornell, Stephen y Kalt, Joseph, “American Indian Self-Determination: The Political Economy of a Policy that Works”, en *Harvard Project on American Indian Economic Development*, 2010, pp. 12-13.

Identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y sus procesos organizativos de carácter regional

Luis Evelis Andrade Casama*

En el mes de febrero de 2012, durante la celebración de los 30 años de creación de la Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC, como defensora de los derechos de los pueblos indígenas, uno de sus fundadores, el Mayor Trino Morales, recordaba a las nuevas generaciones el valor de ratificar la identidad étnica y cultural de nuestros pueblos. En la realización del evento, el Mayor Trino reconstruía la palabra identidad a partir de su propia historia de vida, en la cual hace un par de décadas le enseñaban a negar su ser indígena por ser este sinónimo de barbarie, incivilización, irracionalidad e inhumanidad.

Sin embargo, el Mayor Trino, quien se caracteriza por desafiar las construcciones del hombre blanco y desentrañar el conocimiento de los ancestros a través de la experiencia cotidiana, se preguntó a sí mismo cuál era el problema de ser indio. Esta expedición lo llevó a descubrir que el problema del indio no era un problema de inhumanidad sino territorial.

Así, evidenció que cuando el indígena enaltece su identidad étnica y cultural se provee de herramientas jurídicas que le permitan defender y exigir sus derechos sobre su territorio. Negar su identidad lo hacía acreedor de una parcela, pero reconocerse como indígena le otorgaba el derecho sobre su territorio ancestral y, por ende, a su cultura emanada de su Ley de Origen, la cual le trazaba el camino para vivir en equilibrio y armonía con su entorno.

* Consejero Mayor, Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC. Líder de vasta trayectoria en la lucha por la defensa de los pueblos indígenas de Colombia y de toda América Latina, cuenta con amplia experiencia en procesos de concertación de voluntades entre gobiernos y pueblos indígenas.

El Mayor Trino, redescubrió que su identidad étnica le daba el derecho de pervivir en su territorio y de gobernarse en él bajo sus propias instituciones, determinando libremente su destino y el de las futuras generaciones. El ser indígena le permitía la autonomía para salvaguardar la palabra de sus ancestros y proteger la fuente de vida que emanaba de los sitios sagrados, la medicina tradicional, los recursos hídricos y la naturaleza.

Es por ello que, al desafiar las respuestas sobre por qué no podía ser indio, el Mayor Trino encontró que la identidad étnica le permite al indígena defender el territorio ancestral como espacio de vida, razón y fundamento de la existencia de los pueblos indígenas. Esta reflexión permitió que el territorio retomara su carácter de escenario legítimo y colectivo para el ejercicio y la realización de la autoridad, el gobierno propio y la autonomía de los pueblos indígenas, como también reanudara su ser como escenario de esperanzas, seguridad alimentaria, recursos naturales, biodiversidad, medicina, educación y un lugar de memoria histórica y colectiva. El territorio indígena empezó nuevamente a configurarse en una fuerza espiritual y política que procura unidad, pertenencia y garantías de futuro, un espacio de relacionamiento de los hombres con sus dioses y sueños; un bien común de interlocución y articulación de nuestros pueblos.

En la palabra del Mayor Trino, recordamos que la reivindicación de la identidad étnica y cultural fue el punto de partida para que los pueblos indígenas no desaparecieran en pequeñas parcelas sino que reafirmaran su pervivencia a través de la reivindicación por su territorio ancestral.

El siguiente paso fue dinamizar la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas en defensa de su territorio a través de procesos organizativos regionales a lo largo del territorio nacional. La primera experiencia surge en el Cauca en 1971 con la conformación del Consejo Regional del Cauca —CRIC—, la cual se constituyó en un medio en el cual confluían los pueblos indígenas de una región para demandar al Estado colombiano medidas de protección para sus territorios ancestrales, entidades culturales y derechos fundamentales. Este ejercicio se multiplicó a lo largo de la geografía nacional, luego de observar la necesidad de visibilizar, socializar y compartir las experiencias, así como para generar dinámicas de unidad en los diferentes entes territoriales en donde habitaban pueblos indígenas. Fue un fenómeno de integración y diálogo entre los hermanos arhuacos, koguis, sikuanis, pijaos, pastos, amazónicos, emberás, nasas, misaks y coconucos, quienes trazaron un

proyecto en defensa de sus derechos. Fue a partir de estos encuentros que se formularon comisiones de trabajo que durante dos años recorrieron el territorio nacional para dar cuenta de la situación de los pueblos indígenas.

De este esfuerzo surge el Primer Encuentro Indígena Nacional de Colombia, realizado el 12 de octubre de 1980, en la comunidad de Lomas de Ilarco, municipio de Coyaima, al sur del departamento del Tolima. Evento que se constituyó en el primer paso concertado entre pueblos, autoridades y organizaciones indígenas para dotar al movimiento nacional de una estructura política y organizativa que, dos años más tarde, daría como origen a la Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC.

Para tal fin se adoptaron cuatro principios que regirían el proceso organizativo a nivel regional y nacional, a saber, unidad, territorio, cultura y autonomía.

La unidad hace referencia a la diversidad del ser indígena y la identificación como hermanos en una historia de vulneración de los pueblos. Es un principio que se teje concertando y adoptando una agenda política común, valorando nuestros acervos ancestrales y territoriales, y se configura en un espacio para compartir conocimientos, formas de vida y construir una visión común sobre nuestras organizaciones, sus estructuras y competencias. En la unidad está comprometido el ejercicio del gobierno propio y la autoridad indígena, la defensa de nuestros territorios, realizando apuestas conjuntas de futuro y avanzando con acuerdos colectivos hacia la paz. Así mismo, evalúa nuestra gestión histórica y acoge nuevos retos. Pero, sobre todo, la unidad tiene como fin relacionarnos con otros pueblos, sectores sociales y gobiernos para construir un país donde podamos vivir con dignidad, diversidad y democracia.

El principio de cultura es un manifiesto de la identidad étnica, la cual refleja la herencia, los saberes ancestrales y la vida colectiva. Establece una herramienta para los sistemas de relacionamiento y la vida organizativa. Es la fuente del pensamiento y la acción política, así como un recurso para la paz y la convivencia a través de estrategias educativas, acervos de salud y formas de comunicación.

Por su parte, el principio de autonomía es entendido como el ejercicio de poder amparado en la Ley de Origen, Derecho Mayor o Derecho Propio de los pueblos indígenas y sus autoridades para impartir justicia, generar bienestar, administrar y ejercer autoridad sobre territorios y recursos. A través de la autonomía se pretende construir relaciones armónicas para el Estado y

los particulares; como también constituye un ejercicio de conciencia colectiva para valorar nuestra identidad cultural y pertenencia étnica. La autonomía es el principio rector de nuestros mandatos políticos para la defensa de la vida y los derechos de nuestros pueblos.

Actualmente en la ONIC convergen como filiales más de 48 organizaciones regionales del norte, occidente y centro-oriente colombiano, así como la Amazonía y la Orinoquía, que diariamente trabajan bajo el estandarte de los principios tejidos alrededor de la historia del movimiento indígena nacional. Es una misión de estas organizaciones fortalecer y apoyar el gobierno propio de los pueblos indígenas y su ejercicio de autoridad para que asuman con unidad, autonomía y dignidad el control de sus territorios y el goce efectivo de sus derechos humanos. Las organizaciones participan en los escenarios de decisión y ejecución de políticas públicas, concertando su articulación en condiciones de equidad y diversidad a los procesos de desarrollo económico y social del país. Así, los procesos organizativos regionales procuran la construcción de un modelo social, político y económico alternativo que aspire a la equidad y diversidad del Estado. Es un proceso de solidaridad y cooperación en la Nación que permite establecer procesos de paz, justicia y reparación transformadora en un futuro diferente al que han tenido que vivir los pueblos indígenas en Colombia.

Podemos identificar el logro de estas metas a través del empoderamiento de los derechos humanos y del uso de los mecanismos de exigibilidad por parte de los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas, quienes, trabajando mancomunadamente con otras organizaciones civiles, han logrado llegar a los estrados judiciales y gubernamentales socializando y visibilizando la situación de los pueblos indígenas. Recordemos que este trabajo ha culminado en providencias hito como el caso de los hermanos u'was (SU 039 de 1997), la jurisprudencia sobre el impacto diferencial y desproporcionado del conflicto armado sobre los pueblos indígenas (Auto 004 de 2009); los problemas territoriales de las comunidades de Chidima y Pescadito en la zona norte de Chocó (T 129 de 2011); o la sentencia que declaró la inexecutable del Estatuto de Desarrollo Rural (C 175 de 2009).

Igualmente, estos esfuerzos han dado como resultado la creación de espacios de concertación como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, la Comisión Nacional de Territorio Indígena y la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas

(Decretos 1396 y 1397 de 1996, respectivamente); en los cuales se han construido de la mano del Gobierno nacional los 96 acuerdos del Plan Nacional de Desarrollo 2010-14 y el Decreto Ley 4633 de 2011, que esperamos sean implementados y se constituyan en una respuesta efectiva a las problemáticas de los pueblos indígenas en las diferentes regiones del territorio colombiano.

De esta manera, podemos comprender que la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y sus procesos organizativos tienen una relación inescindible que fortalecen la construcción democrática y pluricultural de lo que hoy en día conocemos como el Estado social de derecho. Sin la pregunta sobre la identidad étnica y cultural no se hubiera dado apertura a los procesos organizativos en aras de proteger y exigir los derechos humanos y, en especial, la pervivencia misma de los pueblos indígenas en sus territorios. Debido a este fenómeno es que en el artículo 1º de la Constitución Política de 1991 podemos leer que Colombia es un Estado democrático, participativo, pluralista, fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran.

De ahí la importancia de la Constitución Política de 1991, en la cual no solo se reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (art. 7º), se obliga al Estado y a sus ciudadanos a proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8º), se ratifica el ejercicio de libre determinación y gobierno propio de los pueblos indígenas (arts. 246 y 330º); sino que también se recogen los principios construidos desde el proceso histórico desarrollado por los pueblos indígenas en defensa de sus derechos.

El ejercicio del fortalecimiento de la identidad étnica y cultural a través de los procesos organizativos de las regiones obedece a los principios bajo los cuales se erige nuestra Carta Política y la comprensión de este esfuerzo debe estar plasmada en garantías concretas del ejercicio de los derechos contenidos expresamente en la Carta Política, así como de aquellos que han sido integrados al ordenamiento jurídico vía bloque de constitucionalidad.

Este planteamiento constituye el mayor reto del constitucionalismo latinoamericano. El reconocimiento de un Estado pluricultural y el derecho al ejercicio organizativo en defensa de este principio como punto de partida de un proceso histórico por parte de los pueblos indígenas arraiga un valor humano inigualable en la historia moderna. Es por ello que el desafío se encuentra en superar las aspiraciones plasmadas en los artículos constitucionales y transformar la realidad a través de hechos materiales que permitan

el verdadero goce de la identidad étnica y cultural y, en consecuencia, de la pervivencia colectiva por medio del derecho de la propiedad real y efectiva del territorio indígena.

Insisto, hace más de dos décadas logramos plasmar un dialogo intercultural en los artículos de nuestra Carta Política, pero hoy tenemos la obligación de aunar esfuerzos y superar hechos inconstitucionales que no viabilizan el proyecto trazado por la Nación colombiana. Existe un primer paso que constituye el esfuerzo de los procesos organizativos de las regiones, en las cuales han participado activamente los pueblos indígenas desde los principios fundadores del movimiento contemporáneo; sin embargo, estos deben articularse con un modelo de Estado que permita la interlocución abierta con su sociedad, en aras de promover los valores pactados.

La conciliación de los saberes y la interacción de las identidades es un proceso que se desenvuelve en las prácticas sociales cotidianas, pero el camino es largo y la discriminación sigue siendo vigente. La disposición por parte de los pueblos indígenas es evidente en las formas de organización a nivel local, regional, nacional e, incluso internacional. La utilización de los mecanismos dispuestos para generar diálogos interculturales es una tarea misional que se ha asumido con responsabilidad por parte de las organizaciones indígenas, quienes han corregido errores y fortalecido los aciertos. Sin embargo, la identidad étnica y cultural, así como los procesos organizativos regionales de los pueblos indígenas pueden verse debilitados por no encontrar un reflejo a su trabajo, visibilización y defensa de derechos humanos. Es factible identificar estas problemáticas en la modernización de un Estado sin modernidad, es decir, un conjunto de instituciones sin la capacidad real para dar cuenta de la situación humanitaria que enfrenta.

Actualmente, de los 102 pueblos indígenas colombianos, la Corte Constitucional ha constatado el riesgo de exterminio físico y cultural de 35 pueblos, así mismo, la ONIC ha denunciado la desaparición de 31 pueblos más, por integrar una población menor a 500 habitantes, es decir, existe un margen del 65% de pueblos indígenas que, por las prácticas de discriminación vigentes, desaparecerán completamente de Colombia, lo anterior, a pesar de más de 40 años de lucha por defender nuestra pervivencia. Solo en lo corrido del año 2012 hemos encontrado el asesinato de 54 indígenas, sin contar los casos de desaparición forzada que permanecen en la impunidad o los miles de indígenas en situación de desplazamiento forzado sin atención humanitaria.

Es por ello que, en el vigésimo primer aniversario del pacto por un Estado social de Derecho, las organizaciones asumen el papel de denunciar el genocidio indígena, la desaparición de la riqueza cultural de la que habla nuestra Constitución y los obstáculos que los procesos organizativos enfrentan frente a esta tragedia humana y cultural.

Para finalizar, quiero manifestar que uno de los grandes interrogantes que arroja la historia del movimiento indígena colombiano es cómo afrontar los procesos organizativos en medio de una identidad étnica y cultural que se desvanece y que con ella se lleva la pervivencia indígena ejercida desde nuestros territorios.

La población colombiana afrodescendiente dentro del modelo de Estado de derecho establecido por la Constitución de 1991

Juan de Dios Mosquera Mosquera*

Los delegados miembros de la Asamblea Nacional Constituyente no supieron reconocer e integrar, en el texto de la Constitución Política de 1991, la herencia africana de la nacionalidad colombiana ni la presencia, la identidad cultural y los derechos étnicos del pueblo colombiano, descendiente de los millones de personas secuestradas desde los países africanos hasta América y sometidas a la condición de esclavos para trabajar forzosamente en todas las actividades productivas, pero en especial en la extracción de minerales como el oro y la plata, la apertura de haciendas agrícolas y ganaderas, la movilización de los barrios y puertos marítimos, los oficios domésticos, la constitución de las fortificaciones militares y los edificios urbanos, el transporte de mercancías y viajeros por los caminos y los ríos, y la producción artesanal.

La institución española de la esclavitud de las personas de los pueblos africanos fue institucionalizada con la Cédula Real de Aranjuez, de 22 de enero de 1510, cuando la Corona autoriza a la Casa de Contratación de Sevilla a realizar el primer envío de personas africanas para ser vendidas en la isla La Española. Comenzó así la más grande migración forzada y violenta en toda la historia de la Humanidad.

* Título en Ciencias Sociales e Historia de la Universidad Tecnológica de Pereira, Maestría en Sociología de la Universidad Iberoamericana de México. Fundador del Círculo de Estudios Afrocolombianos SOWETO (Pereira 1976); Fundador y Director del Movimiento Nacional por los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas CIMARRÓN (Buenaventura 1982); de la Red Continental de Organizaciones Afroamericanas (Montevideo 1995); y de la Escuela Nacional de Liderazgo Afrocolombiano Nelson Mandela (Bogotá 2003); La Red Andina de Organizaciones Afrodescendientes (Bogotá 2009).

En 1821, con el nacimiento de la primera república independiente, los españoles criollos mantienen la institución de la esclavitud de las personas africanas hasta su eliminación legal a través de la Ley 21 de mayo de 1851. La esclavitud forzada de las personas africanas en América y Europa, fue “crimen de lesa humanidad” que posibilitó el surgimiento de la herencia africana de Colombia o la africanidad de la cultura colombiana: el pueblo afrocolombiano y la afrocolombianidad.

En la segunda década del siglo XXI, lo que aun ignoran las personas en Colombia y en las Américas, es que durante 341 años de la institucionalización de la esclavitud en América, las personas africanas, tanto en el continente americano como en el propio continente africano, fueron declaradas “animales” o “salvajes”, negándoles la condición de humanos, despojándoles de su humanidad e inventadas en un sujeto llamado “negro”, en plural “negros”, seres considerados inferiores con la condición legal de propiedades, mercancías y bienes muebles que se compraban y se vendían. “Negro” fue un sustantivo que significó esclavo, animal y propiedad, “negro” significó la negación de la condición humana de la persona africana de piel negra. El concepto “negro” no significaba persona de piel negra.

En el modelo de Estado colonial-esclavista español y en las primeras constituciones políticas que fundaron la República de Colombia, las personas africanas esclavizadas y manumitidas fueron mencionadas e incluidas en el derecho bajo el término y la condición de “esclavos”, nunca como personas.

Desde el derecho romano, la base del derecho español y europeo, el concepto de persona corresponde a quien es depositario y ejerce los derechos civiles o ciudadanos. El esclavo, por ser una propiedad, no era considerado ni tratado como persona por el europeo porque carecía de derechos civiles, no formaba parte de la sociedad de los europeos aunque convivía con ellos.

Durante la vigencia de la institución española de la esclavitud, tanto en el Estado colonial como en el republicano, no existieron las personas africanas de piel negra o las personas “negras”, los europeos jamás consideraron a los llamados “negros” como personas porque ello significaría reconocerles derechos, considerarlos y tratarlos como a sus iguales.

La Ley de 21 de mayo de 1851, “Ley sobre la libertad de los esclavos”, en su contenido y lenguaje no reconoció la condición humana ni la restauración de la condición de persona a los manumitidos por el Estado o ex esclavos, se les mencionó y determinó solo como esclavos o medios de producción, y la

visión de la libertad se redujo a la “terminación de la esclavitud como modo de producción”. El Estado liberó a la sociedad de la esclavitud y, en consecuencia, quedaron los esclavos sin sujeción a propietario alguno.

El Estado indemnizó a los propietarios esclavistas mientras a los ex esclavos no se les reconoció nada: ni tierras, ni reparación, ni pago de perjuicios, ni educación, ni ciudadanía ni trato de persona. Fueron liberados de la condición legal de esclavos o propiedades, pero social y culturalmente continuaron sometidos a la condición de “negros”.

A los colombianos y colombianas se les indujo a percibir e identificar a la persona de piel negra u oscura como un “negro” no como una persona, al punto que se le nombra y se le llama “¡negro!”. Durante siglos a ningún esclavo se le nombró o se le llamó señor, don, caballero, amigo... Simplemente era un “negro”.

La aplicación de la “Ley sobre la libertad de los esclavos” no condujo a cambios significativos en las condiciones de vida y estatus político dentro de la sociedad para los “libres” o ex esclavos. Esta normativa les reconoció libertad de movilización para buscar trabajo, a cambio de la comida y la dormida, un salario o jornal, y de escoger la hacienda donde le trabajaba al antiguo amo a cambio del préstamo de un pedazo de tierra que le permitiera generar auto-ingresos y agrandar la hacienda.

Los “libres” siguieron siendo llamados y tratados como “negros” por españoles e indígenas mestizos. La población afrodescendiente siguió identificándose a sí misma como “negros” o “negras” y con las demás categorías animalizadoras, tales como mulato, zambo, pardo, prieto, primerón, segundón, tercerón, “tente en el aire”, “salto atrás” y tantas otras. Los descendientes de los africanos esclavizados continuaron nombrándose como “negros”, pensando como “negros”, actuando como “negros”, trabajando como “negros” y viviendo como “negros”, y en sus relacionamientos con los españoles y los hispanos mestizos siguieron comportándose como “negros”. Racismo, discriminación racial, segregación y exclusión. Los cuerpos africanos cubrían (daban vida y palabra) el alma del opresor esclavista, “el blanco”, que los españoles habían implantado e inoculado en el cerebro de las personas africanas para reducirlas a la condición de esclavizados.

Desde 1852 ninguna de las constituciones políticas, incluyendo la de 1886, ni los modelos de Estados de derecho y de país, visibilizaron la presencia o integraron derechos especiales a favor del pueblo colombiano afrodescendiente.

Legalmente fueron ignorados, invisibilizados y excluidos como pueblo afrocolombiano y personas integrantes del pueblo y la Nación colombiana.

Con el surgimiento del nuevo mundo de producción capitalista “el blanco” o el esclavista pasó a llamarse “el patrón” y continuó siendo “el señor”, “el don”. Mientras el esclavo pasó a llamarse “el peón” o “el jornalero” y continuó siendo identificado y tratado como “el negro”.

Las consecuencias de los 341 años de vigencia de la institución española de la esclavitud continúan afectando a todo el pueblo y la sociedad colombiana, pero, de manera directa, al pueblo afrocolombiano, ellas son:

1. Pobreza crítica
2. Carencia de propiedad
3. Desplazamiento forzoso y destierro
4. Marginalización social
5. Atraso educativo
6. Desorganización
7. Racismo y endoracismo
8. Discriminación racial y social
9. Desconfianza
10. Miedo
11. Dependencia
12. Servilismo
13. Conformismo
14. Derrotismo
15. Ignorancia y desprecio de la herencia africana
16. Invisibilización y negación estadística
17. Violencia e inseguridad
18. Violencia sexual e intrafamiliar contra la mujer
19. Falta de reconocimiento político y ciudadanía precaria
20. Clientelismo y politiquería
21. Concentración de la propiedad de la tierra
22. Sobrerrepresentación de la mujer afrocolombiana en el servicio doméstico
23. Desigualdad social e inequidad a la distribución de la riqueza
24. Alienación y enajenación religiosa cristiana

De la tragedia histórica que protagonizaron las personas africanas y de las consecuencias materiales y espirituales que sembró la institución española de la esclavitud en la sociedad contemporánea, surgen los derechos étnicos afrocolombianos que reivindica el cimarronismo colombiano:

1. Derechos a la verdad, justicia y reparación por el crimen de la esclavización
2. Derecho al buen nombre, a la identidad personal y al respeto
3. Derecho a la interculturalidad sin racismo
4. Derecho a la democracia sin discriminación
5. Derecho a la diferenciación positiva o aplicación del enfoque diferenciado afrocolombiano en la política pública
6. Derecho a la no discriminación racial y social
7. Derecho al trabajo digno sin exclusión racial
8. Derecho al conocimiento de la herencia africana de la sociedad colombiana y a la enseñanza de los estudios afrocolombianos en el sistema educativo nacional
9. Derecho a la representación étnica en los espacios de participación ciudadana
10. Derecho a la consulta previa y a la participación étnica en los planes y proyectos de desarrollo, para la protección de la identidad cultural y ambiental
11. Derecho a la etnoeducación afrocolombiana, a las oportunidades especiales para el acceso al sistema educativo.
12. Derecho a la tenencia de la tierra y de los territorios ancestrales
13. Derecho al fomento y protección especial de los valores de la identidad cultural afrocolombiana
14. Derecho a la organización, la participación y la representación política étnica en el Congreso de la República

Comparando los modelos de Estado y de país surgidos de la centenaria Constitución de 1886 y la nueva Constitución de 1991 debemos reconocer que para el pueblo colombiano y, dentro de él, el pueblo afrocolombiano, la Constitución Política de 1991 constituyó un salto histórico en el desarrollo integral de la sociedad colombiana, los principios, los derechos y las garantías fundamentales que consagró, lo que posibilita la construcción de un modelo

de Estado democrático, participativo, educador, sustentado en la aplicación y ejercicio de la ciudadanía y los derechos humanos, donde la propiedad y la riqueza deben tener una función social, aunque se mantuvo el clientelismo politiquero heredado del pasado y no se concedió a las mayorías populares el poder para romper la plutocracia que domina y hegemoniza la sociedad colombiana.

A pesar de tantos avances democráticos, los delegatarios constituyentes continuaron con la tradición del etnocentrismo europeo y la negación e invisibilización del pueblo afrocolombiano. Así, los derechos étnicos no fueron consignados ni reconocidos en la Constitución.

Los constituyentes, ignorantes de la realidad histórica y sociológica afrocolombiana, inventaron en el artículo transitorio 55 de la Constitución, un sujeto jurídico al que llamaron “comunidades negras”, incurriendo en una seria contradicción con el artículo 13, que establece que todos los colombianos(as) “gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar”.

Durante los 22 años de vigencia de la nueva Constitución, el concepto “comunidades negras” ha provocado una nociva confusión por la ambigüedad que contiene desde la mirada popular tradicional y desde la mirada jurídica. El pueblo en general interpreta el concepto como comunidades de personas de piel negra, de ascendencia africana, mientras para el Consejo de Estado las “comunidades negras” son las organizaciones campesinas beneficiarias de las “tierras de comunidades negras”, administradas por “consejos comunitarios”, habitadas por personas de piel negra, poseedoras de títulos de “propiedad colectiva” sobre las tierras comunales o baldíos de la Nación. Según este último concepto solo “las comunidades negras” creadas como sujeto jurídico de la titulación colectiva en el artículo 55 transitorio son beneficiarias de los derechos y políticas públicas surgidas de la Ley 70/93, reglamentaria del mencionado artículo constitucional. El Consejo de Estado ha legitimado esta ambigüedad violando los derechos étnicos del pueblo afrocolombiano, la mitad de la población nacional.

Aunque la Constitución de 1991 no incluyó el concepto de pueblo afrocolombiano, ha sido la Corte Constitucional la que en diversas sentencias y autos ha venido institucionalizando el concepto de pueblo afrocolombiano como beneficiario de derechos étnicos, de la protección especial del Estado, en aplicación del principio constitucional de la diferenciación positiva o en-

foque diferenciado afrocolombiano en la política pública (Sentencia T-422 de 1996), y teniendo presente que las personas afrocolombianas en ejercicio de su ciudadanía y la nacionalidad son beneficiarias de los derechos, las garantías y los deberes establecidos en la Constitución Política como mandatos que debe cumplir y garantizar el Estado, tales como:

El reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. (...)

1. Gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.
2. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de los grupos discriminados o marginalizados.
3. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
4. Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.
5. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.
6. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

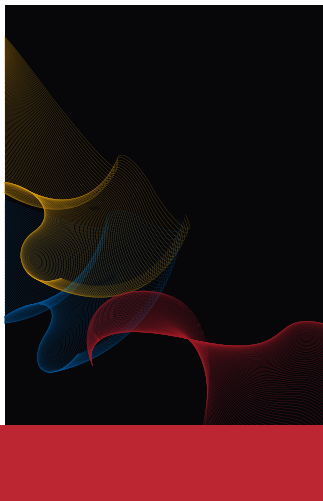
El modelo de Estado surgido de la Constitución del 91 no ha aplicado ni implementado el enfoque diferenciado afrocolombiano o diferenciación positiva en la política pública, tampoco está reconociendo los derechos étnicos del pueblo afrocolombiano. No ha habido voluntad política en los partidos políticos y los gobernantes. Las consecuencias de la esclavización siguen afectando las condiciones de vida, la participación ciudadana y política y la representación en los espacios democráticos y de gobierno de la población afrocolombiana.

El modelo de Estado de derecho no ha creado las condiciones institucionales diferenciadas, adecuadas y eficaces para coordinar la acción inter-

institucional de las entidades gubernamentales en pro del progreso social y el ejercicio pleno de los derechos humanos de las personas afrocolombianas, en especial de las que son víctimas del racismo y la discriminación racial por tener la piel negra. El gobierno nacional aún carece de mecanismos para la visibilización estadística y censal de las poblaciones afrocolombianas, lo cual le impide identificar la atención diferenciada y contar con indicadores para evaluar la gestión gubernamental.

Debemos concluir, al igual que todos los informes sobre la realidad y el estado de los derechos humanos en Colombia de los organismos de las Naciones Unidas y la Comisión Presidencial Intersectorial para el Avance de la Población Afrocolombiana que el Estado de derecho de la República de Colombia aún no está reconociendo ni implementando con eficiencia y eficacia institucional los derechos étnicos y ciudadanos de la población afrocolombiana, cuyas condiciones y calidad de vida continúan siendo considerados como infrahumanas por todos los colombianos y colombianas.

El conjunto de la jurisdicción constitucional, con la Corte Constitucional a la vanguardia, debe continuar defendiendo y desarrollando el espíritu, los principios, los derechos y garantías de la Constitución Política de 1991 y, en diálogo constante con las organizaciones sociales étnicas y la sociedad civil, avanzar, con firmeza y eficacia, en la construcción de la sociedad democrática que se merecen nuestros nietos, una Colombia con identidad, celosa de los derechos humanos, la dignidad y la justicia para todas las caras de la Nación, una Colombia más linda, donde quepamos todas y todos, sin racismo, sin machismo, sin discriminación y conviviendo en paz.



La Corte Constitucional y la Universidad del Rosario se complacen en presentar la obra *Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional*, que recoge las memorias del VIII Conversatorio de la Jurisdicción Constitucional, celebrado en la ciudad de Barranquilla, los días 29, 30 y 31 de agosto de 2012.

Transcurridos más de veintiún años de vigencia de la Constitución Política de 1991, dicho Conversatorio fue promovido con la finalidad de procurar “una mirada a las regiones”, desde el punto de vista del modelo de Estado acogido por nuestra Carta Política.

Aun cuando Colombia se organiza bajo la forma de una república unitaria, la propia Constitución consagra como principios fundantes del Estado, entre otros, la descentralización, la autonomía de las entidades territoriales y el pluralismo. En ese contexto, y frente al problema no plenamente resuelto de la tensión entre unidad y autonomía, consideró útil la Corte adelantar un ejercicio académico de revisión conceptual orientado a perfilar el verdadero modelo de Estado colombiano, inicialmente, bajo la dimensión operativa del Estado unitario a través de la descentralización y los mecanismos de articulación que se han previsto en ese ámbito, y luego, abordando los alcances y la naturaleza del principio de autonomía territorial, así como la eventual recepción del pluralismo jurídico a través de figuras como los territorios indígenas, las jurisdicciones especiales y los niveles intermedios de gobierno.

En ese interesante discurrir, en el VIII Conversatorio, los magistrados de la Corte Constitucional estuvieron acompañados de importantes juristas nacionales y actores territoriales, e igualmente, de destacados exponentes de la academia argentina, española, italiana, mexicana y norteamericana, quienes generosamente aceptaron la invitación para enriquecer, con el recuento de sus conocimientos y experiencias, las deliberaciones y conclusiones del Conversatorio.

Dentro de ese ámbito, esta obra contiene las ponencias que fueron presentadas por los distintos expositores –magistrados, juristas y académicos–, cuyo contenido esperamos sea de la mayor utilidad no solo para quienes tienen interés en el estudio del tema territorial, sino para el público en general.

Gabriel Eduardo Mendoza Martelo



ISBN: 978-958-738-313-3
(digital)